

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

CASTRENSI PECULIO

DROIT FRANÇAIS

DU

DROIT DE RETOUR LÉGAL

DE

L'ASCENDANT DONATEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RENÉ VIOUJARD

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1894

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

—
DE

CASTRENSI PECULIO

DROIT FRANÇAIS

—
DU

DROIT DE RETOUR LÉGAL

DE

L'ASCENDANT DONATEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 7 Juin 1894, à 1 heure.

PAR

RENÉ VIOUJARD

Président : M. BOISTEL,

Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, } *professeurs*
 LARNAUDE, }
 CHÉNON, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1894



A MES PARENTS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552016_0017

DROIT ROMAIN

DE CASTRENSI PECULIO

DROIT ROMAIN

DE CASTRENSI PECULIO

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES DU PÉCULE CASTRENSE.

Dans les législations modernes, la puissance paternelle, qui comprend dans une large acception, l'ensemble des droits conférés par la loi aux ascendants sur leurs descendants, est organisée dans l'intérêt exclusif de l'enfant soumis à cette puissance.

Protéger l'enfant que son âge expose à mille dangers, le former, tant au moral qu'au physique, lui procurer une instruction qui lui permette de gagner sa vie, telles sont les obligations imposées aux ascendants. En organisant la puissance paternelle, le législateur a voulu procurer aux ascendants les moyens de bien remplir leurs devoirs envers leurs enfants. Il fallait en effet donner aux parents une autorité suffi-

sante pour accomplir leur tâche, souvent difficile, en triomphant du mauvais vouloir de l'enfant. Etant donnés le but, la raison d'être de la puissance paternelle, elle ne devait, dans notre droit moderne, s'exercer que dans la mesure des besoins qui l'avaient fait organiser. C'est pour cela que le législateur n'a pas admis le pouvoir absolu et sans limites du père de famille et qu'il a soustrait l'enfant à la puissance paternelle, quand il a jugé que son âge lui permettait de se gouverner lui-même sans danger.

Cette conception moderne de la puissance paternelle était inconnue des Romains. Dans leur législation, la puissance paternelle était organisée, tout à la fois, dans l'intérêt du père de famille et dans un but politique et non dans l'intérêt de l'enfant soumis à cette puissance.

Cette façon de comprendre la puissance paternelle entraînait cette conséquence, qu'elle était absolue et sans limite, au moins dans le premier état du droit romain.

Le *paterfamilias* avait sur la personne de ceux qui étaient soumis à sa puissance, une autorité complète, droit de vie et de mort. Cette puissance, qui ne pouvait appartenir ni à une femme, ni à un ascendant maternel, et qui s'étendait sur tous les descendants *per masculos*, ne s'éteignait que par la mort du *paterfamilias* ou par la sortie de l'enfant de la famille. N'étant

pas organisée dans le but de protéger l'enfant, elle ne disparaissait pas, quand le descendant avait atteint un âge qui lui aurait permis de se gouverner lui-même.

Le *paterfamilias* était seul et unique propriétaire du patrimoine. Les fils de famille ne pouvaient rien acquérir pour eux-mêmes et n'étaient pour le *paterfamilias* que des instruments d'acquisition, incapables de grever le patrimoine paternel d'aucune obligation.

La loi romaine avait voulu concentrer dans les mains du *paterfamilias* tous les pouvoirs sur la famille et cela dans son intérêt propre et dans un intérêt politique. C'était, en effet, un moyen d'assurer la conservation des idées religieuses, car le *paterfamilias* était aussi le chef du culte domestique, la conservation du patrimoine et aussi la conservation des traditions nationales que de soumettre toute la famille à une seule volonté.

« C'est grâce à cette organisation puissante, malgré son arbitraire, dit M. Accarias, que Rome donna longtemps le spectacle des mœurs sévères, d'une discipline harmonieuse et forte, d'une politique à la fois souple et tenace, d'une ambition toujours nette dans ses vues et toujours ardente sans impatience. De là son développement si régulier dans sa spontanéité et, à travers les plus grands obstacles, sa mar-

che continue et sûre, comme dans un chemin tracé à l'avance ».

Cette organisation de la famille fut une conception toute romaine et, même chez les peuples où la puissance paternelle également fondée dans un but religieux ou politique, fut établie avec le plus de force, l'individualité de ceux qui y étaient soumis fut plus respectée.

La personnalité des fils de famille ne s'affirmait que lorsque elle ne faisait pas obstacle à l'unité de direction et d'autorité. C'est ainsi que les fils de famille pouvaient valablement s'obliger, mais les obligations qu'ils contractaient ne réfléchissaient pas sur le *paterfamilias* et les droits de leurs créanciers étaient seulement paralysés dans l'intérêt du *paterfamilias*.

En dehors de la sphère domestique les fils de famille jouissaient de tous les droits politiques et la puissance paternelle restait sans influence.

La *patria potestas* demeura longtemps aussi fortement organisée. Peu à peu cependant, les mœurs avant le législateur, apportèrent des adoucissements aux rigueurs du droit primitif.

A Rome, ce n'était toujours que lentement que le droit se réformait et, en général, les réformes n'étaient édictées par le législateur que lorsque les mœurs les avaient, pour ainsi dire, déjà consacrées.

A l'époque impériale, la *patria potestas* a perdu toute sa rigueur primitive et, sous Justinien, elle n'existe plus que de nom. Avec les *sacra privata* emportés par le christianisme, disparaît le rôle du *paterfamilias* autrefois souverain pontife du culte domestique.

Trajan, Adrien, Constantin, Théodose, Valentinien ont successivement retiré au *paterfamilias* les droits excessifs que lui conférait la *patria potestas*, sur la personne de ses enfants.

Plus lentement disparurent les droits absolus du *paterfamilias* sur les biens acquis par les fils de famille.

La création du pécule *castrense*, qui devait soustraire au *paterfamilias* une partie des biens acquis par le fils de famille, marque une étape dans l'histoire de l'affranchissement des fils de famille.

C'est à l'étude de ce pécule que nous restreindrons ce travail.

On ne saurait fixer très exactement la date de la création du pécule *castrense*. Cependant Justinien (Inst. liv. 2. tit. XII, præm.) nous dit que ce fut Auguste qui, le premier, permit aux militaires en activité de service de tester sur le pécule *castrense*. On a pensé que c'est lui qui l'avait aussi créé. Quoiqu'il en soit, il est presque certain qu'il date à peu près de cette époque. Ce fut un privilège créé pour une certaine classe de personnes, les fils de famille en acti-

vité de service, qui fut plus tard étendu aux vétérans.

Il ne faudrait pas attribuer l'institution de ce privilège à des considérations juridiques ou d'équité grâce auxquelles le législateur, reconnaissant l'excessive rigueur des principes de l'organisation de la *patria potestas*, aurait voulu en atténuer les effets et permettre aux fils de famille d'avoir un patrimoine propre et distinct.

L'armée romaine avait subi depuis Marius d'importantes modifications. Avant lui, ne pouvaient porter les armes que les citoyens possédant une certaine fortune. Le taux exigé pour servir dans l'armée avait été ensuite abaissé pour satisfaire aux exigences du service ; mais ce fut Marius qui, le premier, permit à tout citoyen, quelle que fut sa fortune, d'entrer dans l'armée. Aussi l'armée ne se composa bientôt plus que de prolétaires disposés à servir ceux qui les payaient le plus largement.

Les dernières années de la République avaient été profondément troublées par des guerres civiles. Pour récompenser les services rendus, entretenir le zèle et se faire des partisans, les généraux avaient dû rivaliser de largesses vis-à-vis de ceux auxquels ils devaient leurs victoires. L'Empire, qui venait de s'établir, avait aussi besoin, pour se maintenir, de s'attacher l'armée. Aussi le premier soin du pouvoir naissant, fut-il de combler de faveurs ceux dont il

avait besoin pour conserver son autorité, les soldats, auxquels d'ailleurs l'esprit guerrier de Rome avait donné depuis longtemps déjà la prédominance sur les simples citoyens. Le meilleur moyen de s'attacher le soldat était de lui faire espérer que lorsqu'il aurait achevé son temps, il pourrait se reposer dans l'aisance, d'assurer son avenir et de rendre le métier des armes un métier lucratif. Mais les distributions de deniers ou de terres n'auraient effectivement enrichi et encouragé que les *patresfamilias* et non les fils de famille si l'on n'avait modifié en faveur de ces derniers les anciens principes.

C'est pour assurer le résultat complet des faveurs qui leur étaient faites, que l'on créa le pécule *castrense* des fils de famille.

CHAPITRE II

DE QUOI SE COMPOSAIT LE PÉCULE CASTRENSE.

Nous trouvons dans les textes plusieurs définitions du pécule *castrense*. Les unes ne paraissent comprendre dans le pécule *castrense* que les biens acquis par le fils de famille pendant le service et à l'occasion du service. C'est ainsi que dans la loi 11, D. Liv. XLIX. Tit. 17, le jurisconsulte Macer le définit. « *Quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est; vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset: nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est* ».

Dans beaucoup d'autres, au contraire, il est fait mention d'un autre élément du pécule *castrense*: ce qui a été donné au fils de famille avant son départ pour l'armée (*Sentences de Paul*, Liv. III, T. IV; L. I, C. Liv. XII, Tit. 37).

Comment expliquer cette divergence? Quelques auteurs ont pensé qu'il fallait donner un sens plus large aux expressions employées dans la définition de Macer, et que ce dernier entendait comprendre dans le pécule *castrense*, aussi bien ce qui avait été acquis par

le fils de famille avant son départ pour l'armée, que ce qu'il acquérait pendant le service.

Il est préférable, croyons-nous, pour expliquer ces variantes dans la définition du pécule *castrense* de supposer qu'à l'origine le pécule *castrense* ne comprenait que ce qui avait été acquis au service et que ce ne fut que plus tard qu'on y comprit aussi ce que le fils de famille pouvait acquérir avant son départ pour l'armée. Si Justinien ne fait allusion qu'au premier élément, c'est-à-dire aux acquisitions réalisées pendant le service, c'est qu'il a reproduit les premières définitions, pensant qu'elles devaient comprendre également les acquisitions réalisées avant le départ.

Quoiqu'il en soit, le pécule *castrense* comprenait donc tout d'abord les acquisitions faites pendant le service et à l'occasion du service et ce qui avait été donné au fils de famille avant son départ : mais toujours à l'occasion du service qu'il allait faire.

SECTION I. — Acquisitions faites au service.

Ces acquisitions consistaient :

1° Dans la solde du soldat, les vivres, les vêtements, les armes qui lui étaient fournis. La solde était assez modique à l'origine ; elle augmentait avec les années de service. Elle fut plus élevée quand les

empereurs comprirent que l'armée devait être le soutien du pouvoir ;

2° Dans la part de butin qui lui était attribuée.

Le butin était d'abord mis en commun. Les choses les plus précieuses étaient réservées à l'Etat. Puis on faisait la part des dieux et celle des généraux, enfin celle des soldats.

C'était là une cause d'acquisition considérée comme très légitime à Rome. L'espoir du pillage était un grand stimulant pour le soldat.

Mais, comme après la prise d'une ville, une partie seulement de l'armée avait la faveur de pouvoir se livrer au pillage, on faisait prêter aux soldats qui avaient ce privilège, le serment de ne rien s'approprier individuellement et de tout rapporter à la masse commune.

3° Dans les récompenses militaires ordinaires ou extraordinaires.

Le soldat s'était-il illustré par quelque action d'éclat, les généraux lui offraient souvent des bijoux, colliers, bracelets ou couronnes prélevés sur le butin. Il n'était pas rare qu'un général victorieux, admis aux honneurs du triomphe, ne fit faire à cette occasion des distributions d'argent à ses soldats. Les Empereurs eux-mêmes prirent l'habitude en montant au pouvoir de faire des largesses à l'armée, distributions d'argent et même concessions de terres. Ces libéra-

lités « *donativa* » n'étaient pas immédiatement données aux soldats. Une moitié seulement leur était donnée de suite, l'autre moitié était réservée pour le moment où ils rentreraient dans leurs foyers.

4° Dans les libéralités entre-vifs ou testamentaires qui ont été faites au soldat par un de ses compagnons d'armes : que ces libéralités consistent en biens meubles ou immeubles, peu importe, du moment que ces libéralités lui ont été faites pendant le service, par une personne qu'il n'a connue qu'à l'occasion du service militaire. L. 4 C. *Familix ercisc.*

Institué héritier par un compagnon d'armes, le fils de famille pourra faire adition sans l'ordre de son père et acquerra pour son pécule *castrense*, l'hérédité toute entière. L. 5.

Si toutefois le testateur, compagnon d'armes du fils de famille, était son parent ou était lié à lui par des liens d'amitié avant son entrée au service, il faudra rechercher, pour savoir si la libéralité entre ou non dans le pécule *castrense*, si on doit attribuer la générosité du bienfaiteur à l'affection qu'il pouvait avoir pour le parent ou l'ami, ou bien à l'attachement, à la bonne camaraderie qu'a pu créer entre eux la vie commune, exposée aux mêmes fatigues et aux mêmes dangers.

Dans un rescrit qui forme la loi 4, C. *de castr. pec.*, l'Empereur Gordien, adoptant la distinction propo-

sée par Thyphoninus décida que si le testament avait été fait avant que le fils de famille et le testateur ne fussent entrés au service dans le même corps, la libéralité, ne pouvant avoir pour cause une camaraderie qui n'existait pas encore lorsqu'elle avait été faite, et dictée seulement par l'affection existant entre parents ou amis, ne constituait pas une acquisition « *propter militiam* » et qu'on devait en conséquence appliquer les règles du droit commun, c'est-à-dire considérer cette libéralité comme acquise au *paterfamilias*, tandis qu'au contraire l'institution faite dans un testament postérieur à l'entrée au service serait considérée comme due au lien qu'un service commun dans le même corps avait pu former, et constituait une acquisition faisant partie du pécule *castrense*.

Si les deux parents servaient dans des corps différents, on ne considérait pas l'institution du fils de famille comme due aux relations militaires, mais seulement à l'affection existant entre parents, et l'hérédité ainsi acquise n'entraînait point dans le pécule *castrense*. L. 1, § 1^{er}, D. *de castr. pec.*

Comme nous venons de le voir, la condition essentielle pour que l'acquisition réalisée par le fils de famille pendant son service fasse partie du pécule *castrense*, est que cette acquisition ait été réalisée à l'occasion du service.

Si une mère a institué son fils militaire, aucun doute ne pourra s'élever sur le mobile de cette institution ; c'est au fils que la libéralité est faite, non au soldat, ce fils devra donc faire adition avec le « *jussus* » de son père et l'hérédité sera acquise à ce dernier. L. 1, C. XII, Tit. 37.

Une question plus difficile à résoudre, parce que nous trouvons des textes qui paraissent contradictoires, est celle de savoir si le pécule *castrense* comprend la succession laissée par l'épouse à son mari actuellement au service.

Au premier abord, il semble que l'on doive donner la même solution que dans l'espèce précédente, en se basant sur ce que la cause qui a déterminé la libéralité de l'épouse n'est pas la circonstance que son mari est au service, mais bien l'affection qu'elle porte à son époux. Ulpien dans la loi 8 *de castr. pec.* décide la question dans ce sens.

Cependant nous trouvons un rescrit d'Adrien, approuvé par Papinien (L. 13 et 16, D. eod. tit.) qui contredit cette opinion, et comprend dans le pécule *castrense* la succession laissée par l'épouse à son mari au service.

On a proposé pour concilier ces textes contradictoires de nombreux systèmes ; nous devons en exposer quelques-uns.

Pour quelques auteurs, la loi 8, et les lois 13 et 16

ne viseraient pas les mêmes hypothèses. Le droit commun serait formulé dans la loi 8 ; les lois 13 et 16 nous signaleraient une dérogation au droit commun, une faveur exceptionnelle, un privilège concédé dans des circonstances spéciales, particulières qui devaient se trouver dans le texte et que les compilateurs du Digeste ont fait disparaître, sans se rendre compte qu'ils donnaient ainsi une solution, qui n'était exacte que dans une espèce déterminée.

Cette opinion est, il faut l'avouer, un peu fantaisiste, car rien, dans le texte du Digeste, ne peut faire supposer qu'il a été mutilé ou tronqué.

On a encore cru trouver l'explication des deux solutions différentes que nous trouvons au Digeste, dans les mots *militem militantem* contenus dans les lois 13 et 16 et qui ne sont pas reproduits dans la loi 8. Les mots *militem militantem* indiquent, ont dit quelques auteurs, que l'empereur Adrien entend limiter la faveur qu'il accorde, seulement aux militaires en activité de service.

Dans ce cas l'institution faite par l'épouse sera considérée comme faite par elle pour adoucir les fatigues et les privations de la vie militaire, et, comme telle, entrera dans le pécule *castrense*. Mais la loi 8 au contraire supposerait que le fils de famille est un vétéran, qui a été institué par sa femme. Ici l'institution ne pouvant être considérée comme faite *propter mili-*

tiam, ne profiterait pas au pécule *castrense*. Il est bien difficile d'admettre ce système, car rien dans la loi 8 ne permet de supposer qu'il s'agisse plutôt d'un vétéran que d'un soldat en activité de service.

Cujas et Pothier pensent trouver la solution de la question dans les dispositions des lois Julia et Papia Poppœa. Aux termes des lois caducaires, le mari sans enfant était privé du *jus capiendi* dans la succession qui pouvait lui être laissée par sa femme, ou du moins il ne pouvait recueillir qu'un dixième de cette succession. Cujas et Pothier supposent qu'Adrien a fait disparaître cette incapacité pour les militaires, et leur a permis de recueillir intégralement le bénéfice de l'institution faite par leur femme.

Dès lors, cette institution ne devant sa validité qu'à la qualité de militaire de l'institué, il était naturel, disent ces auteurs, qu'elle fût comprise dans le pécule *castrense*. Les lois 13 et 16 feraient donc allusion à l'institution faite par une femme sans enfant à son mari militaire.

La loi 8, au contraire, ne supposerait pas cette circonstance, mais, prévoyant l'hypothèse d'une institution faite par la femme au profit de son mari ayant des enfants, ne ferait pas bénéficier le pécule *castrense* de cette institution, qui eut été également valable si elle avait été faite au profit d'un *paganus*.

On a réfuté le système que nous venons d'exposer,

en faisant remarquer que la décision d'Adrien, si elle prévoyait bien l'hypothèse supposée par Cujas, manquerait de logique, en faisant entrer dans le pécule *castrense* le bénéfice entier de l'institution, car l'institué ne doit en réalité à sa qualité de militaire que les neuf-dixièmes de la succession, puisque la disposition eut été valable, au moins pour un dixième, en faveur d'un *paganus*.

Ce système a un autre inconvénient, c'est qu'il fait allusion à une disposition d'Adrien dont on ne trouve aucune trace.

Suivant quelques auteurs, la conciliation des textes serait facile. Il suffirait d'admettre que les legs ne devaient pas être traités comme les institutions d'héritier. Les premières libéralités suivraient le droit commun, quand elles auraient été faites par l'épouse à son mari militaire. Elles n'entreraient dans le pécule *castrense* qu'à la condition d'avoir été faites *occasione militiæ*, c'est ce qu'exprimerait la loi 8.

Quant aux institutions d'héritier, Adrien les aurait, par faveur, fait rentrer dans le pécule *castrense* sans exiger qu'elles aient été faites *occasione militiæ*. A l'appui de cette thèse, on fait remarquer que les lois 13 et 16 ne parlent que de l'institution d'héritier et ne font pas allusion aux legs, tandis que la loi 8 ne parle, au contraire, que de ces libéralités sans parler des institutions.

Ce système, qui ne se fonde sur aucun texte précis et ne repose que sur une distinction tout à fait arbitraire, a trouvé peu de partisans.

Signalons enfin un système plus difficile encore à admettre qui, partant de ce principe qu'un militaire ne peut se marier tant qu'il est au service, explique la faveur spéciale faite par Adrien, par cette remarque, que la femme en instituant son mari et en lui permettant ainsi de se rendre plus agréable et plus douce la vie des camps, a eu pour but de le décider à ne pas quitter le service afin qu'il ne pût se remarier, et que, par conséquent, on peut considérer cette institution comme faite *propter militiam*.

Cette explication ne saurait être admise, car elle repose sur une affirmation dénuée de toute preuve, à savoir : que les militaires ne pouvaient se marier étant sous les drapeaux.

Il faut, à notre avis, se résigner à constater une contradiction dans les textes, sans pouvoir en trouver une explication satisfaisante.

Quant à la dot apportée par la femme au fils de famille militaire, aucun doute ne saurait exister : sa destination étant de subvenir aux charges du mariage, de permettre d'entretenir les enfants qui en naîtront, elle ne saurait entrer dans le pécule *castrense*.

SECTION II. — **Acquisitions faites par le fils de famille avant son départ pour le service.**

Tout ce qui a été donné au fils de famille avant son départ pour l'armée, soit par ses proches, soit par ses amis, mais *propter militiam*, doit entrer dans son pécule *castrense*. Mais à quoi reconnaître que ces dons lui ont été faits *propter militiam* ? S'il s'agit d'objets mobiliers, leur nature même pourra indiquer suffisamment si la libéralité présente ou non ce caractère. En effet, s'il s'agit d'objets facilement transportables, dont le fils de famille pourra faire usage dans les camps : armes, vivres, vêtements, nul doute que la libéralité lui a été faite pour lui adoucir la vie militaire ; mais, au contraire, s'il ne s'agit que de meubles qu'il ne saurait emporter avec lui, qui ne lui seraient d'aucune utilité, la libéralité ne fera point partie du pécule *castrense*.

Les immeubles, qui lui auraient été donnés avant son départ, ne sauraient être considérés comme lui ayant été donnés *propter militiam*, et ne pourraient entrer dans son pécule.

Bien qu'une femme ne puisse faire de donation à l'enfant de son conjoint, (et cela en vertu de la prohibition des donations entre époux, parce que, dans cette hypothèse, l'enfant serait considéré comme une

personne interposée), nous remarquerons que rien n'empêche cependant une femme de donner, avant son départ pour l'armée, au fils de son mari, fils de famille, une somme nécessaire à son équipement comme le suppose la loi 3 D, parce qu'ici, la libéralité devant faire partie du pécule *castrense* de l'enfant, il n'y aurait pas d'interposition de personne présumée.

Les donations entre époux avaient été prohibées dans la crainte que l'un des époux, venant à prendre sur l'autre un ascendant exagéré, ne profitât de son influence pour lui arracher des libéralités qui ne lui auraient pas été consenties de bonne volonté. La prohibition s'étendait même aux libéralités que la femme aurait pu faire à son mari « *propter militiam* » et qui, pour cette raison, auraient été comprises dans le pécule *castrense*.

Il n'y avait d'exception à la prohibition des donations entre époux que pour les libéralités faites, *honoris causa*, *exilii causa* ou qui, en raison de leur peu d'importance, n'étaient pas considérées comme appauvrissant le donateur et enrichissant le donataire. Telle était, par exemple, la donation d'esclaves avec charge de les affranchir.

Supposant une pareille libéralité, faite par une femme à son mari partant pour le service, les *jura patronatus*, les *operiæ serviles* allaient-ils faire partie du pécule *castrense*? Ulpien qui examine la question, la

résout par une distinction. Si ces esclaves, qui vont être affranchis, sont propres au service, peuvent être utilisés à l'armée, ils pourront, décide Ulpien, être affranchis par l'époux donataire sans qu'il ait besoin du consentement de son père. En sorte que les *jurâ patronatus* et les *operiæ serviles* feront partie du pécule *castrense*. Dans le cas, au contraire, où ces affranchis ne sauraient être utilisés à l'armée, à cause de leur infirmité ou de leur inaptitude, ils ne feront point partie du pécule *castrense*, la libéralité ne pouvant être considérée comme ayant été faite *occasione militiæ*.

SECTION III. — Acquisitions réalisées à l'occasion du pécule.

Le pécule *castrense* se compose enfin de tous les fruits et, d'une façon générale, de tous les accroissements que les biens qui en font partie ont pu recevoir.

Si, pour une raison quelconque, le *paterfamilias* perd l'usufruit d'un esclave dont la nue-propriété fait partie du pécule *castrense*, l'esclave fera partie du pécule pour la pleine propriété (L. 15, § 4).

Tout ce que l'esclave du pécule peut acquérir, par quelque moyen que ce soit : donation, legs, succession, stipulation, fera partie du pécule. Institué héri-

tier par le père de son maître, cet esclave ne deviendra ni libre, ni héritier nécessaire du *de cujus*, résultat qui eut été obtenu, s'il n'avait pas fait partie du pécule *castrense*, mais le fils deviendra, par son intermédiaire, héritier de son père et, comme héritier sien et nécessaire, il n'aura pas besoin de faire adition. L. 18, pr.

Si l'institution a été faite non par le père, mais par un étranger, le fils donnera l'ordre à son esclave de faire adition et deviendra héritier par son intermédiaire.

Tout ce qui sera acquis à l'esclave du pécule, sera acquis au pécule sans qu'il y ait à distinguer si cette acquisition a été faite *ex causâ peculii* ou *ex causâ paganica*, car l'esclave du pécule ne saurait être un instrument d'acquisition que pour le pécule. En conséquence, s'il stipule du père de son maître, la stipulation sera valablement acquise au profit du pécule. Il faudrait, au contraire, soigneusement distinguer, si le fils stipulait de son père, si la stipulation avait eu lieu *ex causâ peculii* ou *ex causâ paganica*. Valable dans le premier cas, elle eut été complètement nulle dans le second ; c'est ce qu'explique longuement Papinien dans la loi 15, § 3, D.

CHAPITRE III

CONDITION JURIDIQUE DU PÉCULE CASTRENSE.

SECTION I. — Droits du fils sur le pécule castrense.

Il est fort difficile de qualifier d'une façon précise le droit du fils sur les *bona castrensia*. On dit généralement que le fils de famille est propriétaire du pécule *castrense*, qu'il est à l'égard des biens qu'ils composent, un véritable *paterfamilias*. Sans doute, à bien des points de vue, les textes semblent le considérer comme un propriétaire.

Mais, en tous cas, ceux qui admettent cette propriété, sont forcés de reconnaître qu'elle n'appartient pas au fils d'une façon absolument incommutable, puisqu'à son décès, s'il n'a pas disposé du pécule, le *paterfamilias* reprendra le pécule *jure peculii*, c'est-à-dire à titre de propriétaire.

Aussi admettent-ils que le fils est propriétaire, mais sous condition résolutoire, dirions-nous dans notre droit moderne, tandis que le père en reste propriétaire sous condition suspensive.

Dans un autre système, qui nous paraît plus accep-

table et plus conforme peut-être à l'esprit du droit romain, on pense que le pécule *castrense* n'a pas, dès son origine, appartenu en propre au fils de famille, mais que, longtemps encore, le père en a conservé la propriété ; que ce n'est que petit à petit que les droits de jouissance des fils de famille se sont successivement développés, par suite des faveurs dont ils étaient l'objet, au point de finir par se confondre avec la véritable propriété ; que, sans doute, dès l'origine, dès l'époque de sa création, le fils a eu sur ce pécule des droits exorbitants, mais que le droit du père n'avait pas cessé d'exister, qu'il était seulement paralysé par les privilèges dont jouissait le fils et qu'il s'exerçait dans la mesure où son exercice ne pouvait nuire aux droits du fils de famille.

Ce système s'appuie sur des considérations qui nous semblent difficilement conciliables avec le droit de propriété qu'on accorde généralement au fils de famille.

On fait remarquer, tout d'abord, qu'Ulpien dans la loi 2, D. XIV, 6, ne dit pas expressément que le fils de famille est propriétaire de *bona castrensia*, mais seulement qu'il est *vice paterfamilias* ; qu'au contraire, le jurisconsulte Maecien semble considérer le *paterfamilias* comme étant toujours propriétaire des *bona castrensia* de son fils, puisqu'il le compare à un interdit relativement à ces biens.

Comment concilier, dit-on, le droit de propriété du fils de famille sur le pécule, avec l'impossibilité qui dura jusqu'à Adrien, pour les vétérans, de tester sur les biens qui le composaient. Pourquoi, si le fils de famille était propriétaire, ne lui fut-il permis que sous cet empereur d'affranchir des esclaves, faisant partie de son pécule, sans l'autorisation de son père, et pourquoi, enfin, ne jouissait-il pas, avant cet Empereur, des droits de patronage sur ses esclaves affranchis.

Ne peut-on pas concevoir que la propriété du pécule continue à appartenir au père de famille, mais qu'on a voulu, par faveur, pour que le fils pût profiter plus efficacement des acquisitions réalisées par lui à l'occasion du service, lui accorder le droit d'en jouir presque comme un père de famille, en paralysant les droits du père en ce qu'ils pourraient porter atteinte aux faveurs exceptionnelles faites aux fils de famille, faveurs qui se sont successivement augmentées, avec le désir d'encourager la carrière militaire, jusqu'à se confondre dans le dernier état du droit avec la véritable propriété.

Cette conception de la propriété du pécule *castrense* restant au père, nous semble plus conforme à l'esprit du droit romain, ennemi des changements brusques dans la législation, surtout quand ces changements doivent apporter, comme dans notre ma-

tière, une atteinte si profonde au droit si respecté du père de famille.

Elle est parfaitement conciliable avec le texte de Maecien, qui s'expliquerait difficilement si on admettait la propriété du fils de famille, texte dans lequel il nous dit que les actes du père de famille sur le pécule *castrense* sont défendus, s'ils produisent actuellement quelque aliénation, mais que, pour les actes qui ne doivent produire leur effet que plus tard, il faudra, pour en apprécier la valeur, examiner l'époque à laquelle ils doivent produire leur effet, de telle façon qu'ils seront valables, s'ils ne doivent avoir effet qu'après la mort du fils, c'est-à-dire à une époque où il ne peut en souffrir.

Le fils de famille, avons-nous dit, avait sur les *bona castrensia* toutes les prérogatives d'un propriétaire. Il pouvait les aliéner, soit en les vendant, soit en les donnant. A partir d'Adrien, il pût affranchir lui-même les esclaves faisant partie de son pécule et obtenir le titre de patron.

Relativement à son pécule *castrense*, le fils jouit d'une véritable personnalité. Tandis que les principes du droit commun s'opposent à ce qu'un fils devienne débiteur de son père ou réciproquement, du moment qu'il s'agit des « *bona castrensia* », le fils et le père peuvent contracter valablement ensemble, et devenir créancier ou débiteur l'un de l'autre. Ils peu-

vent agir en justice l'un contre l'autre, le fils restant cependant tenu, par respect pour l'autorité paternelle, d'obtenir l'autorisation du prêteur pour poursuivre son père.

Le fils, qui contracte avec des tiers, devient personnellement créancier et a seul qualité pour agir contre eux, et n'a point besoin de l'autorisation paternelle. Si le *paterfamilias* agit pour le compte de son fils, il est tenu, comme un étranger le serait, de fournir au défendeur la *cautio de rato*. Le père intervient-il au contraire pour défendre son fils, il doit, comme un *procurator* ordinaire, fournir la *cautio judicatum solvi*. Loi 18, § 4, D. Les jugements obtenus contre le fils, en raison de son pécule, sont exécutoires sur le pécule, sans qu'il soit besoin, pour les exécuter, que les tiers attendent, comme en droit commun, que la puissance paternelle soit dissoute.

Le fils jouit d'ailleurs, tant qu'il est au service, du *bénéfice de compétence*. L. 6 pr. et 18, XLII, 1, D. On pourrait se demander si tous les créanciers du fils, ceux antérieurs à son entrée au service et ceux qui ne l'étaient devenus que depuis, viendraient au même rang sur les biens du pécule. On décida que les créanciers postérieurs auraient sur les autres une cause de préférence.

Tandis qu'aucune fonction publique, même celle du consul, ne soustrayait pas le fils de famille à l'ap-

plication du sénatus-consulte Macédonien, qui lui défendait d'emprunter *per mutuum* ou autrement et refusait toute action au prêteur contre lui, le fils, qui avait un pécule *castrense*, pouvait valablement emprunter et obliger ainsi son pécule, sans pouvoir opposer au créancier l'exception du sénatus-consulte.

Succédant à son père, le fils de famille, qui avait été affranchi de la puissance paternelle avant la mort de ce dernier, était tenu de faire *collatio bonorum* des biens qu'il avait acquis depuis son émancipation ; c'est-à-dire de rapporter à la succession paternelle, pour les partager avec les héritiers restés en puissance, les biens acquis par lui depuis sa sortie de la famille. Le pécule *castrense* échappait à ce rapport.

Parmi toutes les prérogatives accordées aux fils de famille militaires, la plus importante, sans contredit, fut celle de pouvoir tester librement sur les *bona castrensia*. D'après Ulpien, Règles XX, paragraphe 10, c'est à Marc-Aurèle et non à Adrien, comme le disent les Institutes, qu'il faut attribuer cette faveur faite aux fils de famille militaires.

Le militaire avait été d'ailleurs affranchi de la plupart des règles de forme et de fond qui limitaient la faculté de tester. Ce privilège, accordé d'abord à titre de concession temporaire par Jules César, fut renouvelé successivement par Titus et Domitien et devint seulement sous Nerva et Trajan une concession défi-

nitive. C'est ainsi qu'il suffisait que la volonté du militaire fut certaine, pour que son testament fut valable. Il pouvait instituer des Latins, des Pérégrins, les personnes frappées d'incapacité par les lois caducaires. Son testament échappait à la *querela inofficiosi testamenti* ; s'il avait légué plus des trois quarts de son hérédité, la loi Falcidie n'était pas applicable ; enfin la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* était écartée en sa faveur.

Remarquons toutefois que, pour jouir de ces différentes faveurs, le militaire devait, sous Justinien, être mort en activité de service ou dans l'année de son congé, pourvu que ce congé fût fondé sur une infirmité ou sur ce que le temps de service était terminé.

La loi 19, paragraphe 2 D. *de castrensi peculio* prévoit une hypothèse curieuse. Elle suppose qu'un fils de famille vétérans a testé sur son pécule *castrense*. Le *paterfamilias* vient ensuite à décéder, sans que son fils soit informé de sa mort. Par suite de ce décès, le fils devient héritier sien de son père, à son insu ; lui-même vient à décéder, toujours dans l'ignorance de la mort de son père. Vétéran quand il a fait son testament, il ne jouissait pas de la faveur de pouvoir tester sur une partie seulement de ses biens, car la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* lui était applicable. En conséquence, l'institu-

tion d'héritier qu'il a faite pour son pécule *castrense*, s'appliquera à l'universalité de ses biens et son héritier recueillera, tout à la fois, le pécule *castrense* et les biens venant de la succession du *paterfamilias*. On se retrouvera, nous dit Tryphoninus, dans la même situation que si le testateur, se croyant pauvre, était mort riche, par suite d'acquisitions réalisées à son insu par ses esclaves.

La solution serait forcément différente, si le testament avait été fait par le fils de famille encore en activité de service ; dans ce cas, en effet, la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* ne s'appliquant pas, le testament ne vaudrait que pour le pécule *castrense*, et l'héritier institué n'aurait aucun titre pour recueillir les biens faisant partie de la succession du *paterfamilias*, qui seraient dévolus aux héritiers *ab intestat*.

La loi 14, D. *de castr. pec.* fait, au fils de famille qui a testé sur son pécule *castrense* et est mort ensuite prisonnier chez l'ennemi, l'application de la fiction de la loi Cornelia, en vertu de laquelle le prisonnier, mort chez l'ennemi, est réputé être mort au moment où il a été pris et elle valide le testament fait antérieurement.

En supposant qu'un *paterfamilias* soit fait prisonnier, après avoir, dans son testament, exhéredé ses enfants, parmi lesquels se trouve un militaire ayant

pécule *castrense*, tant que dure la captivité, l'état de ses enfants est en suspens. En effet, si le père revient, par l'effet du *postliminium*, ils n'auront pas cessé d'être sous sa puissance ; si, au contraire, il meurt chez l'ennemi, comme il est réputé mort au moment où a commencé sa captivité, ses enfants auront été *sui juris* depuis cette époque. Si nous supposons que le fils militaire a, pendant la captivité de son père, testé sur son pécule *castrense*, puis a réalisé des acquisitions en dehors de ce pécule, et non *occasione militiæ*, puis qu'il meure après le décès de son père chez l'ennemi, ces dernières acquisitions devront appartenir à l'héritier qu'il aura institué et non aux héritiers de son père, car il est réputé avoir été *sui juris*, du jour où son père a été pris, et avoir réalisé ces acquisitions pour lui-même.

Pour terminer l'étude des droits du fils de famille sur le pécule *castrense*, nous devons ajouter que si, devenu *sui juris*, (circonstance qui a fait perdre au pécule *castrense* son caractère propre, puisque désormais le militaire a sur l'ensemble de ses biens les droits d'un *paterfamilias*), le militaire se donne en adrogation, tandis que ses autres biens passeront à l'adrogéant, les biens qui composaient le pécule reprendront le caractère qu'ils avaient perdu, et l'adrogé aura sur ces biens les droits que nous venons d'étudier.

SECTION II. — Droits du *paterfamilias*
sur le pécule *castrense*.

Nous croyons, nous l'avons dit, que ce serait exagérer les droits du fils de famille sur son pécule *castrense*, au moins à l'origine, que de le considérer comme absolument plein propriétaire de ce pécule *castrense*. Sans doute ses droits sont fort étendus, mais, nous allons le voir, les droits du *paterfamilias* n'ont pas disparu.

Jamais les Romains n'ont considéré, même pendant la vie du fils de famille, le père comme un étranger par rapport aux *bona castrensia*.

Nous avons déjà signalé que le jurisconsulte Maecien comparait le *paterfamilias* à un interdit en ce qui concerne le pécule *castrense*. C'est pour cela que, capable de faire tous les actes qui améliorent la situation du pécule, il est au contraire incapable de faire les actes qui auraient pour conséquence une perte pour ce pécule, ou, tout au moins, faut-il distinguer entre ces actes, ceux qui contiendraient une aliénation immédiate et ceux qui ne doivent produire que plus tard cette aliénation.

Pour étudier les droits du *paterfamilias* sur le pécule *castrense* et les conséquences des actes qu'il a pu faire pendant la vie de son fils, nous nous placerons successivement dans les hypothèses suivantes :

mort du fils sans testament ; mort du fils ayant testé ; et nous distinguerons, dans ce dernier cas, si l'institué est son père ou un étranger, et si l'institué fait, ou non, adition.

§ 1. — Le fils de famille est mort sans avoir fait de testament.

Dans cette hypothèse, le droit commun reprend son empire. Le fils n'ayant pas profité de la faveur qui lui avait été faite de disposer des *bona castrensia*, ces biens sont considérés comme n'ayant jamais cessé de faire partie des biens paternels ; le pécule *castrense*, assimilé dans ce cas à un pécule ordinaire que le père aurait confié à son fils pour l'administrer, reviendra au père *jure peculii*. Ce n'est pas à titre d'héritier que le *paterfamilias* le recueillera, car le fils de famille ne peut laisser d'héritier *ab intestat*, mais bien à titre de propriétaire, en vertu de la *patria potestas*. En conséquence le père n'aura aucune adition d'hérédité à faire ; du jour du décès, les biens lui appartiendront. N'étant point héritier, le père ne sera pas tenu au paiement des dettes *ultra vires*, mais seulement dans la mesure du pécule, et pendant une année utile. Si les biens qui composent le pécule sont entre les mains d'un tiers, le *paterfamilias* agira par la revendication pour les faire rentrer dans son patrimoine et non par la *petitio hereditatis* et si quel-

qu'un de ces biens a été soustrait, il aura contre le voleur l'action *furti*.

Mais là ne se bornent pas les conséquences de la mort du fils sans testament. En effet, les Romains ont voulu, dans cette hypothèse, effacer, dans certains cas, les faveurs accordées au fils en ce qu'elles paralysaient les droits du *paterfamilias*; *retroque videatur habuisse rerum dominia* dit Tryphoninus en parlant du *paterfamilias*.

Mais il faut distinguer parmi les actes que le père a pu faire du vivant de son fils; les actes de disposition immédiate seront nuls *ab initio*, les circonstances ultérieures n'ayant pu effacer le vice originel; seront au contraire valables, les actes par lesquels le *paterfamilias* n'a disposé qu'éventuellement des *bona castrensia*.

Le *paterfamilias* avait-il affranchi un esclave du pécule par la *vindicta*, l'affranchissement était nul, la *vindicta* produisant un effet immédiat; au contraire l'affranchissement qu'il avait fait dans son testament était valable. Remarquons toutefois que, si l'affranchissement avait été fait par legs *per vindicationem*, forme de legs qui exige la propriété chez le testateur au moment même du testament, cette solution pourrait être considérée comme contraire aux principes par ceux qui accordent au fils de famille la propriété du pécule *castrense* pendant sa vie. Pour nous, au

contraire, elle est très-rationnelle et vient à l'appui du système que nous avons adopté et d'après lequel le père était resté véritable propriétaire du pécule.

Ulpien nous donne un exemple intéressant de cette rétroactivité, qui fait perdre au pécule *castrense* son caractère particulier. Supposant un fils émancipé, ayant lui-même sous sa puissance un fils militaire ayant un pécule *castrense*, il nous apprend que cet émancipé, venant à la succession de son père en vertu du droit prétorien, en concours avec ses frères restés en puissance, devra faire *collatio* du pécule, c'est-à-dire rapporter à la masse héréditaire le pécule *castrense* de son fils mort sans testament depuis la mort du *de cujus*, et recueilli par lui *jure peculii*, et cela parce que ce pécule n'est pas considéré comme acquis au moment de la mort du fils, mais comme acquis antérieurement.

§ 2. — Le fils de famille est mort après avoir testé.

Dans cette hypothèse, nous distinguerons quel est l'héritier institué.

A. — L'institué est un étranger.

Si l'étranger institué fait adition d'hérédité, tous les actes quelconques de disposition, faits par le *paterfamilias* sur le pécule *castrense*, sont frappés de nul-

lité. Quant aux acquisitions réalisées dans l'intervalle entre la mort du *de cuius* et l'addition d'hérédité, par un des esclaves faisant partie du pécule, elles profiteront à l'héritier institué. L'addition d'hérédité faite par ce dernier aura eu pour effet de permettre l'application de la règle : *Hereditas personam defuncti sustinet*. Si, en effet, on n'appliquait pas cette règle, on ne voit pas à qui pourraient profiter ces acquisitions. Il faut toutefois remarquer que Papinien ne semble pas admettre cette solution. En effet, il décide que, dans le cas où un esclave indivis entre le pécule et un tiers, a fait des acquisitions dans l'intervalle entre le décès du fils de famille et l'addition d'hérédité, ces acquisitions profiteront exclusivement au tiers, l'esclave étant considéré comme n'ayant, au moment de l'acquisition, qu'un maître capable d'acquérir.

Si, au contraire, l'héritier institué répudie la succession, nous nous retrouvons presque dans la même situation que si le fils de famille n'avait pas testé, avec cette différence que c'est malgré sa volonté que son pécule sera recueilli par son père, qu'il avait voulu dépouiller en instituant un étranger. Le *paterfamilias* recueillera donc le pécule *jure peculii*, avec les conséquences que nous avons déjà signalées dans la première hypothèse. Toutefois, les jurisconsultes romains paraissent avoir fait plus de difficultés pour valider les actes faits par le *paterfamilias* pendant la

vie du fils de famille, et cela précisément sans doute, parce qu'il n'a pas dépendu de ce dernier que le père ne fût exclu par l'adition de l'institué.

Cependant, Tryphoninus valide le legs de liberté fait par le père, du vivant du fils, à un esclave du pécule, L. 19, § 5, *de castr. pec.*

Ulpien, loi 9, *eod. tit.*, déclare valable le legs fait par le père de n'importe quel objet du pécule, tout comme si le fils était mort *intestat*.

Les stipulations, faites par l'esclave du pécule pendant le temps qui s'est écoulé entre le décès du fils de famille et la répudiation devaient-elles profiter au *paterfamilias*? Ici les jurisconsultes romains n'étaient point d'accord. Tandis qu'Ulpien, L. 33, XLI, 1. D., fidèle à sa doctrine dans laquelle il assimilait complètement le cas où l'héritier institué par le fils a refusé de faire adition et le cas où le fils de famille est mort *intestat*, fait profiter le père du bénéfice de ces stipulations, et que Scævola et Marcellus, approuvent cette décision, Papinien, au contraire, considère comme nulles ces stipulations, L. 14, § 1. D. *de castr. pec.*

D'une part, en effet, l'esclave n'a pu acquérir pour le pécule, qui, par suite de la répudiation, ne constituait pas une hérédité, ce qui rendait inapplicable la règle « *Hereditas jacens personam defuncti sustinet* » et, d'autre part, il n'a pu acquérir pour le père dont les droits étaient, à cette époque, paralysés par les

droits du fils. Ce fut cependant l'opinion d'Ulpien qui triompha « *Sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi jure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis, vel rei traditæ per servum fiat* », L. 14, § 1.

D'après Cujas et Pothier, ce dernier texte ne serait pas de Papinien. Ce serait une note d'Ulpien aux écrits de Papinien, qui aurait été maladroitement ajoutée au texte primitif.

M. Pellat attribue, au contraire, ce texte à une interpolation des compilateurs de Justinien. Cette dernière opinion est fondée sur ce que l'expression *verecundia paterna* ne se trouve nulle part dans les textes des jurisconsultes de l'époque classique, tandis que cette expression se trouve employée dans les Institutes de Justinien et paraît être en usage au Bas-Empire, et qu'enfin, le mot *quatenus* n'a jamais eu, à l'époque classique, le sens qu'on doit lui donner ici de, « *à tel point que* ».

Quoiqu'il en soit de l'authenticité de ce texte, il est certain que ce fut l'opinion d'Ulpien qui prévalut.

Papinien, lui-même, reconnaît sans difficulté la validité d'un legs fait à l'esclave du pécule, pendant le temps écoulé entre le décès du fils et la répudiation de l'héritier. Remarquons ici que, tandis qu'une stipulation d'usufruit faite par l'esclave entre le décès du fils et la répudiation, serait nulle, le legs d'usu-

fruit, fait dans les mêmes conditions, serait au contraire valable et profiterait au père. En effet, la stipulation produisant son effet *hic et nunc*, l'usufruit, servitude personnelle, supposant une personne pour l'exercer au moment de l'ouverture du droit, la stipulation d'usufruit devait être nulle, attendu qu'au jour de la stipulation, personne n'était capable de l'exercer, ni le fils décédé, ni le père dont les droits au pécule n'étaient pas certains, ni l'hérédité, personne abstraite et fictive. Dans le cas du legs d'usufruit, au contraire, la *diei cessio* du legs ayant lieu non au jour du décès du *de cujus*, mais seulement au jour où l'hérédité jacente était acceptée (L. 1, § 2, VII, 4. — L. 16, *eod. tit.*) le legs s'ouvrira, au profit du *paterfamilias* au moment de la répudiation de l'héritier.

On peut se demander ce qui adviendrait d'un legs, fait à l'esclave du pécule avant la répudiation, si le *paterfamilias* n'avait pas, avec le testateur, la *factio testamenti*. Sans aucun doute, on devait décider que le legs était valable.

B. — *L'institué est le paterfamilias.*

Dans ce cas, le pécule formera une véritable hérédité. Si le père fait adition, il le recueillera *jure hereditario* et non *jure peculii*.

D'où nous tirerons les conséquences suivantes :

Il aura pour réclamer l'hérédité la *petitio hereditatis*, il sera tenu des dettes *ultra vires*, son obligation ne sera plus limitée, comme lorsqu'il est tenu *de peculio*, dans la mesure du pécule et *intra annum* ; enfin, si un objet du pécule a été soustrait, il n'aura pas l'*actio furti* contre l'auteur de ce vol, mais le *crimen expilatæ hereditatis*. Si le testateur l'a grevé de legs, il devra les acquitter, car il est un véritable héritier. Aura-t-il dans ce cas le droit d'invoquer la loi Falcidie, pour conserver au moins le quart de la succession, que les legs absorberaient toute entière ? Il faudra distinguer si le testament a été fait *jure militari* ou *jure communi*. Dans le premier cas, il n'aura pas ce droit, car, nous le savons, la loi Falcidie ne s'applique pas au testament militaire. Dans le second cas, au contraire, lorsque le testament aura été fait par un vétéran, il n'y a aucune raison pour refuser au père le droit à la quarte.

Le jurisconsulte Paul décide également que si le fils est mort *intestat*, après avoir, par codicille, grevé son père de fidéicommis absorbant plus des trois quarts du pécule, le père aura le droit de retenir le quart de l'hérédité. La question pouvait en effet soulever des difficultés, car, dans ce cas, le père n'était pas héritier et la Falcidie ne compète qu'aux héritiers. Paul assimilait le père à un héritier *ab intestat*. L. 18, XXXV, 2,

Si le *paterfamilias* institué refusait de faire adition, la qualité d'héritier disparaissait pour lui ; il recueillait comme *paterfamilias, jurepeculi*, ce qui avait pour conséquence de faire tomber les legs. Il y avait donc à craindre que le père ne prît ce parti pour se soustraire au paiement des legs. La loi romaine avait prévu le cas. En vertu de l'édit « *si quis omissa causa testamenti* » l'héritier légitime institué qui, par calcul, et lorsque l'hérédité n'était pas insolvable, refusait de faire adition, était considéré vis-à-vis des légataires comme ayant fait adition.

On fit application de cet édit au *paterfamilias*, bien qu'il ne fut pas héritier *ab intestat*, dans le cas où son refus de faire adition ne pouvait s'expliquer que par l'intention de frauder les légataires.

APPENDICE

DROIT DE JUSTINIEN.

Jusqu'à Justinien, le pécule *castrense*, qui pouvait faire l'objet d'une succession testamentaire, ne pouvait, au contraire, faire l'objet d'une succession *ab intestat*. Le *paterfamilias*, seul appelé à le recueillir dans le cas où le fils n'en avait pas disposé par testament, le recueillait *jure peculii* à titre de propriétaire.

On avait bien dérogé au principe ancien, en vertu duquel une personne *alieni juris* ne pouvait laisser une succession, mais cette dérogation n'avait été faite que pour la succession testamentaire. Une des conditions requises pour laisser une succession *ab intestat*, être le chef d'un culte privé, faisait défaut au fils de famille et c'est pour cela que longtemps on lui refusa ce droit.

Mais lorsque les *sacra privata* eurent disparu, pros- crits par le christianisme, il n'y eut plus de raison pour ne pas admettre pour le pécule une hérédité *ab intestat*, comme on avait déjà admis une hérédité tes-

tamentaire ; on peut même s'étonner que cette innovation ne soit apparue que sous Justinien.

Quoiqu'il en soit, cet Empereur décida que, dorénavant, le pécule *castrense* pourrait faire l'objet d'une succession *ab intestat*. Les Institutes s'expriment ainsi : *Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, adparentes eorum jure communi pertinebit* (II, 12 pr.).

Il résulte de cette décision que le pécule *castrense* du fils de famille, mort sans avoir testé, ne reviendra plus au père qu'à défaut d'enfants et de frères et sœurs.

Les enfants, et à leur défaut, les frères et sœurs du défunt, recueilleront le pécule comme héritiers légitimes *ab intestat*, *jure hereditario*, il ne saurait y avoir de doute à cet égard.

Mais, à défaut des uns et des autres, à quel titre le père recueillera-t-il le pécule ? Sera-ce, comme dans l'ancien droit, *jure peculii* ? sera-ce, au contraire, *jure hereditario*, c'est-à-dire en vertu d'une vocation héréditaire, ce qui suppose une hérédité *ab intestat* ? Les mots employés par Justinien « *jure communi* » ne sont pas assez explicites.

Quelques auteurs, et des plus autorisés, adoptent le premier parti et admettent que le père recueille le pécule comme *paterfamilias* et non comme héritier *ab intestat*. Ce système repose surtout sur l'affirma-

tion de Théophile, qui explique les mots « *jure communi* » comme équivalents de « *jure peculii* ».

Cependant la majorité des auteurs repousse cette interprétation, et nous croyons également qu'il est plus vraisemblable que Justinien a voulu faire recueillir le pécule par le père au même titre que les enfants et les frères et sœurs du *de cujus*, c'est-à-dire *jure hereditario*.

Tout d'abord, c'est à ce titre que le père recueillait le pécule adventice et Justinien a appliqué au pécule *castrense* le même ordre de succession qu'il avait appliqué aux *bona adventitia*. Enfin il serait bien étrange que le fils de famille laissât, ou non, une succession légitime suivant qu'il avait ou non des enfants ou des frères ou sœurs. En admettant le premier système, on arrive d'ailleurs à un résultat qui paraît contraire à la décision de Justinien, dans le cas où le fils de famille, décédé sans testament, ne laisse que son père et son grand-père *paterfamilias*. En effet, dans cette hypothèse, le pécule serait recueilli non par le père, mais par le grand-père, seul investi de la puissance paternelle.

A dater de la novelle 118 de Justinien, tout le système successoral fut refondu et comme cette novelle s'appliqua également aux *bona castrensia*, la controverse soulevée par le texte de Justinien n'eût plus d'intérêt.

Dans le nouveau régime successoral, établi par cette nouvelle, le père vient comme héritier à défaut de descendants et exclut les collatéraux autres que les frères et sœurs germains, avec lesquels il concourt.

DROIT FRANÇAIS

DU DROIT DE RETOUR LÉGAL

DE L'ASCENDANT DONATEUR

DROIT FRANÇAIS

DU DROIT DE RETOUR LÉGAL DE L'ASCENDANT DONATEUR

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET CARACTÈRES DU DROIT DE RETOUR.

Dans l'ancien droit, le droit de retour légal de l'ascendant donateur, était envisagé d'une manière différente dans les pays de droit écrit et dans le pays de coutume. Aussi, quand le législateur du Code civil voulut rétablir le droit de retour dont la loi du 17 nivôse an II ne faisait pas mention, il se posa la question de savoir sous quel aspect on le considérerait.

Serait-ce, comme dans les pays de droit écrit, une sorte de condition résolutoire, restrictive du droit du donataire et dont l'événement viendrait anéantir les aliénations ou les constitutions de droits réels consen-

ties par lui ; ou bien, comme dans les pays de coutume, n'établirait-on qu'un droit de succession spéciale, indépendant de la succession ordinaire tant au point de vue des personnes qui seraient appelées à l'exercer, qu'au point de vue des biens sur lesquels il porterait, et respectueux de la situation existante au moment de son ouverture.

Les rédacteurs du Code civil, fidèles une fois de plus à leur prédilection pour le droit coutumier, ont adopté ses principes, et c'est un droit de succession que l'article 747 a consacré au profit de l'ascendant donateur. Les termes mêmes de l'article en font foi.

« Les ascendants succèdent... »

Cette opinion n'est pas ébranlée par l'argument qu'on pourrait chercher à tirer, en faveur d'une opinion contraire, des termes de l'article 351 et de l'article 766 du Code civil qui établissent, l'un au profit de l'adoptant, et l'autre au profit des frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel reconnu, un droit analogue à celui que l'article 747 accorde à l'ascendant donateur.

L'article 351 dispose « les choses données par l'adoptant..... *retourneront* à l'adoptant et à ses descendants... » et l'article 766 « ... les biens... « *passent* aux frères et sœurs légitimes » ».

En se fondant sur les expressions employées par ces articles, certains auteurs ont voulu voir dans

le droit de retour une sorte de réversion, et, à l'appui de leur opinion, ils ont invoqué l'autorité de Malleville, l'un des rédacteurs du Code civil.

L'argument de l'article 351 est bien affaibli, si l'on observe que le droit de retour de l'adoptant ne s'exerce « *qu'à charge de contribuer aux dettes et sans préjudice du droit des tiers* » et que l'article 352, en parlant des droits de l'adoptant dans la succession des enfants de l'adopté, emploie le mot « *succédera* ». Quant à l'argument tiré de l'article 766, il suffit, pour le réfuter, de remarquer la place même de cet article au milieu du titre « *des successions* ». Quant à l'opinion de Malleville qui, en effet, prétend (*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 1825, tome II, page 213) que les ascendants peuvent reprendre les biens donnés, sans être héritiers de leurs enfants et même en renonçant à leur succession, elle nous paraît reposer sur une confusion ou mieux un défaut de distinction entre la succession ordinaire et la succession aux biens donnés, division qui doit être opérée dans la masse héréditaire, ainsi que nous le verrons plus loin.

Au reste l'opinion que nous avons adoptée est admise par la plupart des auteurs et par la jurisprudence (Cassation, 28 décembre 1829, D. 1830, 4, 29) et n'est plus guère contestée aujourd'hui.

Ce point étant admis, que le droit de retour est un

droit de succession, on peut se demander si l'ascendant donateur est un véritable héritier ou n'est qu'un successeur aux biens ; et, du parti que l'on prend à ce sujet, dépend la solution de deux questions que nous retrouverons plus loin, savoir : 1^o l'ascendant donateur a-t-il la saisine des biens donnés, et par lui repris dans la succession du donataire ; et, 2^o l'ascendant est-il tenu de contribuer aux dettes *ultra vires hereditatis*.

L'opinion qui ne voit dans l'ascendant donateur qu'un successeur aux biens repose sur deux arguments. D'abord, dans aucun des textes qui traitent du droit de retour (art. 351, 352, 747, 766) on ne trouve le mot « héritier » et il est peu vraisemblable que la loi ait considéré comme de véritables « héritiers » les bénéficiaires du droit de retour auxquels elle ne donne jamais ce nom. Ensuite, la qualité d'héritier est fondée sur la parenté qui donne droit à une partie de l'hérédité (article 724). Au contraire, la raison d'être du droit de retour n'est pas le lien de parenté qui unit l'ascendant au descendant ; ici, par dérogation à l'article 732, la loi considère l'origine des biens et c'est la donation faite par l'ascendant au descendant qui sert de base à son droit de retour. L'ascendant reprend les biens donnés, non comme ascendant, mais comme donateur et son droit ne s'exerce que sur les biens donnés, c'est-à-dire sur des

objets particuliers et non sur une partie du patrimoine, comme s'exercerait le droit d'un héritier.

L'ascendant donateur n'est donc pas un héritier ; ce n'est qu'un successeur aux biens (En ce sens : Aubry et Rau, t. VI, p. 717, § 640 *bis*). On a également soutenu (Laurent, t. IX, p. 242) que l'ascendant donateur n'était qu'un successeur à titre particulier, qu'en effet, son droit ne s'exerçait ni sur une universalité ni sur une quotité de biens, mais seulement sur certains objets déterminés *in specie*, les biens donnés se retrouvant en nature dans la succession du donataire.

Nous croyons que l'ascendant est un véritable héritier. En premier lieu, on peut rappeler, à l'appui de cette opinion, que l'ascendant était considéré comme tel dans l'ancien droit et que rien, dans le Code, ne permet de supposer que le législateur moderne ait voulu déroger sur ce point à la tradition : au contraire, la place même de l'article 747 (dans le chapitre consacré aux successions déférées aux ascendants) nous montre qu'il a entendu la continuer. Il est vrai que l'article 747 recherche l'origine des biens afin de les attribuer à celui duquel ils proviennent, mais il n'accorde ce droit qu'à l'ascendant, c'est-à-dire à un parent, et il est à remarquer que, dans les deux autres cas de retour légal, il existe aussi entre le *de cuius* et les bénéficiaires de ce droit un lien de parenté, soit réel (frères et sœurs légitimes de l'enfant natu-

rel reconnu), soit fictif (adoptant). En second lieu, il n'est pas exact de dire que le droit de l'ascendant s'exerce sur certains objets particuliers et non sur une hérédité. Les biens donnés forment une succession à part, indépendante de la succession ordinaire au point de vue de sa composition comme à celui de sa dévolution (En ce sens, Bourges, 20 janvier 1879, D. 79, 2, 174). Cette succession porte le nom de succession anormale.

Du principe que l'ascendant donateur est un héritier, et que les biens donnés forment une succession, découlent les conséquences suivantes :

1. L'ascendant donateur, pour pouvoir exercer le droit de retour, doit se porter héritier.

2. Il peut accepter purement ou simplement, ou sous bénéfice d'inventaire ou bien renoncer.

3. Il ne peut, avant qu'il ne soit ouvert, renoncer ni expressément, ni tacitement, au droit résultant à son profit de l'article 747 ; une telle renonciation serait nulle et de nul effet comme contraire à la prohibition de l'article 791 du Code civil (En ce sens, Angers, 18 décembre 1878, D. 79, 2, 172) ;

4. Le droit de retour s'ouvre par la mort naturelle du donataire (avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile lui donnait également ouverture) ; aussi faut-il qu'à ce moment l'ascendant soit capable de succéder, et qu'il ne soit pas écarté comme indigne.

5. L'absence du donataire permet au donateur de demander l'envoi en possession.

6. Il doit payer à l'Etat les droits de mutation.

Toutes ces conséquences sont admises, même par les auteurs qui ne considèrent l'ascendant que comme un successeur aux biens.

Il n'en est pas de même des deux suivantes sur lesquelles les auteurs sont d'avis différents, selon qu'ils considèrent l'ascendant donateur comme un héritier ou seulement comme un successeur aux biens.

7. L'ascendant donateur a la saisine des biens de la succession anormale : donc, à compter du jour du décès du donataire, il est propriétaire de ces biens et a droit aux fruits dont ils sont productifs.

MM. Aubry et Rau refusent la saisine à l'ascendant donateur. Pour eux, en effet, ainsi que nous l'avons vu, l'ascendant donateur n'est qu'un successeur universel appréhendant certains biens déterminés ; mais l'ensemble de ces biens, quoique formant, par une fiction juridique, une universalité distincte de l'hérédité, ne constitue pas cependant une seconde hérédité pouvant faire l'objet d'une saisine héréditaire, distincte de celle de la succession ordinaire (Aubry et Rau, VI, page 718, note 3).

Cependant ces auteurs ajoutent, ce qui paraît contraire à leur première assertion :

« Quoique le retour légal n'entraîne pas la saisine héréditaire, les personnes au profit desquelles il est ouvert ne sont pas cependant obligées de demander aux héritiers la délivrance des objets soumis à leur droit ; elles sont autorisées à se mettre, par elles-mêmes, en possession de ces objets, à moins que, de fait, ces derniers ne les aient déjà appréhendés, auquel cas, elles jouissent, pour en réclamer la restitution, d'une action universelle, analogue à l'action en pétition d'hérédité (VI, page 719) ». Et encore (même page, note 4). « Il est vrai que la saisine des héritiers s'étend, de sa nature, à tous les biens sans distinction qui composaient le patrimoine du défunt, et par conséquent aussi aux objets soumis au retour successoral ; ce qui semblerait entraîner la nécessité d'une demande en délivrance de ces objets. Mais, comme aucune disposition légale n'impose, soit directement, soit indirectement, aux personnes au profit desquelles est ouvert un droit de retour légal, l'obligation de former une pareille demande, il faut admettre que, d'après la pensée du législateur, l'effet de la saisine héréditaire cesse, *ipso facto*, en ce qui concerne les biens soumis au droit de retour, dès que les personnes appelées à l'exercer ont manifesté l'intention de le faire. »

On ne trouve nulle part trace de la « pensée du législateur » sur laquelle se fondent MM. Aubry et

Rau pour accorder à l'ascendant donateur le droit de se mettre en possession des biens sur lesquels son droit s'exercera, tout en lui refusant la saisine de ces mêmes biens. Cette infraction au principe posé par eux, montre la faiblesse de leur doctrine qu'ils ne peuvent eux-mêmes suivre dans ses conséquences. Aussi, malgré leur autorité, doit-on reconnaître que les biens donnés forment une hérédité distincte, indépendante de la succession ordinaire et dans laquelle l'ascendant donateur venant seul, ainsi que nous le verrons plus loin, n'a à demander à personne la délivrance des biens qui la composent.

8. L'ascendant donateur est tenu même *ultra vires successionis* des dettes et charges incombant aux biens qu'il recueille.

Le principe, que l'ascendant donateur doit contribuer aux dettes, n'est contesté par personne. En effet, cette obligation est imposée par l'article 351 à l'adoptant venant à la succession de l'adopté, et elle doit frapper l'ascendant donateur dont le droit est analogue à celui de l'adoptant, (et même moins favorisé que le sien) rien n'indiquant, chez le législateur, l'intention d'y soustraire l'ascendant donateur.

La controverse porte sur le point de savoir si l'ascendant donateur est tenu seulement dans la limite de ce qu'il recueille, ou même au-delà.

Certains auteurs, pour soutenir que l'ascendant

n'est tenu que dans la limite de ce qu'il recueille, « *pro modo emolumenti* », se fondent sur les considérations suivantes :

L'ascendant donateur ne succède qu'à une certaine classe des biens du *de cujus*, il ne recueille pas une portion de son patrimoine, il ne doit donc pas être tenu de payer les dettes *ultra vires*, puisque cette charge n'incombe qu'à ceux auxquels sont dévolus les biens, dont l'ensemble forme l'hérédité du défunt (Aubry et Rau, VI, page 724, note 19 *in fine*). Et cette situation lui serait acquise, alors même qu'il aurait accepté purement et simplement. On répond que l'ascendant donateur est héritier et, qu'en cette qualité, il est tenu des dettes de la succession, même sur ses biens personnels, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire ; et, à l'appui de cette opinion, on invoque l'ancien droit dans lequel la question était résolue en ce sens ; et on peut remarquer qu'elle conduit à un résultat plus logique que la première opinion, qui, considérant l'ascendant donateur comme un successeur à titre particulier, devrait l'exonérer absolument de toute contribution aux dettes, comme on le décide pour les légataires à titre particulier.

Cette contribution de l'ascendant donateur aux charges de la succession, s'applique aux legs comme aux dettes ; et non seulement aux legs qui, portant sur les biens donnés eux-mêmes, en diminuent l'im-

portance et restreignent le droit de l'ascendant, mais encore aux legs de quantité, au paiement desquels l'ascendant doit contribuer.

La contribution aux dettes par l'ascendant étant ainsi établie, on peut se demander quel sera le droit de poursuite des créanciers contre lui, et quelle sera la limite de son obligation aux dettes.

En principe, un héritier peut être poursuivi pour sa part et portion héréditaire ; or, ici, cette part héréditaire ne sera connue qu'après la liquidation de la succession du *de cujus* qui déterminera la part de l'ascendant. Faudra-t-il donc que les créanciers attendent jusqu'à ce moment pour faire valoir leurs droits et exercer leurs poursuites ? Certains auteurs l'ont soutenu, et ont prétendu que l'ascendant ne pouvait être poursuivi qu'après le partage et seulement pour le montant de sa part. Les autres auteurs distinguent, et donnent aux créanciers des droits différents, selon le moment auquel ils agissent.

Avant le partage, l'ascendant pourra être poursuivi pour sa part virile sauf son recours contre les héritiers ordinaires, si sa part héréditaire est inférieure à sa part virile.

Après le partage, au contraire, il ne peut être poursuivi que pour sa part contributoire.

La première opinion a pour effet d'imposer aux créanciers un retard, qui peut être fort préjudiciable

à leurs intérêts. La seconde, plus équitable pour les créanciers, a de plus le mérite de bien fixer les limites de leurs droits, selon le moment où ils agissent. On pourrait reprocher cependant à ses partisans, d'obliger l'ascendant à faire des avances, qui ne lui seront peut-être pas remboursées, si les héritiers ordinaires sont insolvables. Mais l'ascendant peut obvier à cet inconvénient en provoquant un partage, qui, en délimitant sa part, ne le laissera plus exposé aux poursuites des créanciers que pour cette part. Il pourrait aussi obtenir judiciairement un délai.

Que faut-il décider si le bien recueilli par l'ascendant donateur a été hypothéqué par le donataire, et que, pour le dégrever, l'ascendant soit obligé de payer la totalité de la dette ou, tout au moins, une somme supérieure à sa part contributoire ? A-t-il un recours contre les héritiers ordinaires ? On a prétendu que non. L'enfant donataire, a-t-on dit, aurait pu aliéner le bien donné ou le grever de servitudes, et l'ascendant donateur, qui n'aurait pas retrouvé le bien donné ou du moins ne l'aurait retrouvé qu'amoindri, n'aurait eu ni recours à exercer, ni indemnité à réclamer. Il doit donc supporter les diminutions de valeur qu'a imposées au bien donné l'enfant donataire, et, s'il paie la dette hypothécaire au delà de sa part contributoire, il n'a, pour l'excédent, aucun recours contre les héritiers ordinaires ; il peut, du reste, s'il le préfère,

délaisser l'immeuble, et, par là, se soustraire aux poursuites des créanciers hypothécaires.

Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Il n'y a aucune assimilation à établir entre une constitution d'hypothèque, et l'établissement d'une servitude ; cette dernière étant un démembrement de la propriété, alors que la première n'est qu'une garantie destinée à assurer le paiement d'une dette, qui grève la totalité du patrimoine du débiteur. Les héritiers, qui recueillent les biens composant ce patrimoine, doivent supporter les charges qui l'amoindrissent (*Ubi emolumentum ibi onus*) et notamment subir le recours de l'ascendant donateur qui a payé dans l'intérêt général et au delà de sa part contributoire (En ce sens, Aubry et Rau, VI, page 725, note 21).

Nous avons dit que les biens donnés par l'ascendant et sur lesquels il exerce le droit de retour, forment une succession distincte de la succession ordinaire, quoique cependant les deux successions, ainsi que nous l'avons étudié plus haut, présentent quelques règles communes.

De cette indépendance de la succession anormale et de la succession ordinaire, résultent notamment les conséquences suivantes :

1° La dévolution des deux successions ne s'opère, ni en faveur des mêmes personnes, ni d'après les mêmes principes. Ainsi l'ascendant donateur qui, dans

la succession ordinaire, peut avoir à subir le concours d'autres héritiers, ou même être évincé par eux, vient seul dans la succession anormale (arg. art. 747. *Les ascendants succèdent à l'exclusion de tous autres...*)

2° L'ascendant donateur et les héritiers ordinaires venant à deux successions différentes, ne sont pas cohéritiers. Aussi la disposition de l'article 786, aux termes duquel la part de l'héritier renonçant ou écarté comme indigne accroît à ses cohéritiers, est inapplicable aux rapports de l'ascendant donateur et des héritiers ordinaires. En effet, le droit de l'ascendant donateur portant sur une classe spéciale de biens, le parti que prennent les héritiers de la succession ordinaire, ou les qualités qui leur sont inhérentes ne peuvent ni lui nuire ni lui profiter, conformément à l'adage: *Res inter alios acta vel judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.*

Sans doute, la renonciation des héritiers ordinaires, ou leur exclusion pour cause d'indignité, peut produire ce résultat de faire venir l'ascendant donateur à la succession ordinaire, mais il n'y a pas là d'accroissement ; c'est seulement l'application de la règle que la renonciation des héritiers d'un ordre, donne naissance au droit des héritiers de l'ordre appelé à défaut du premier. De même, quand l'ascendant renonce au droit que lui confère l'article 747 et que, par conséquent, tous les biens laissés par le *de cujus* ne

forment plus qu'une seule masse, on ne peut pas dire qu'il y a accroissement au profit des héritiers ordinaires ; c'est le défaut d'ouverture de la succession anormale qui produit ce résultat, dont profitent les héritiers ordinaires.

3° L'article 843 du Code civil impose à l'héritier, qui a reçu du *de cuius* un don ou un legs (sans dispense d'emploi ou sans mention que la libéralité est faite par préciput et hors part), l'obligation de rapporter à la masse les biens reçus. Cette prescription de la loi, édictée en faveur des cohéritiers de l'héritier donataire, ne saurait trouver d'application dans le cas de l'ascendant donateur en présence des héritiers ordinaires, puisqu'ils ne sont pas cohéritiers ; donc, l'ascendant donateur venant à la succession anormale, pourrait garder les biens reçus du défunt à titre de don ou de legs.

4° Aux termes de l'article 815 du Code civil « *nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué...* ».

Cette disposition est également inapplicable entre les héritiers ordinaires, d'une part et l'ascendant donateur, d'autre part.

Leurs droits portant sur deux masses différentes, on ne peut pas dire qu'il y ait « indivision » entre eux ; il n'y a donc lieu ni au partage, ni à la garantie à laquelle il donne naissance.

5° Le retrait successoral, faculté accordée par l'article 841 du Code civil, à un héritier d'écarter, en l'indemnisant, le cessionnaire des droits successifs d'un de ses cohéritiers, ne peut être exercé ni par l'ascendant donateur contre le cessionnaire d'un héritier ordinaire, ni par l'un de ces derniers contre le cessionnaire de l'ascendant donateur. Accorder ce droit à l'un ou à l'autre, ce serait méconnaître la nature des deux successions, anormale et ordinaire, qui sont coexistantes, mais distinctes.

6° L'ascendant donateur, appelé comme donateur à la succession anormale et comme parent à la succession ordinaire, peut-il accepter la succession anormale et répudier la succession ordinaire ? ou bien ne peut-il prendre qu'un seul parti relativement aux deux successions ?

Dans une première opinion, soutenue dans l'ancien droit par Pothier et depuis le Code civil par Delvincourt, on prétend que l'ascendant donateur ne peut prendre qu'un seul et même parti sur les deux successions. Ainsi l'exige, dit-on, l'indivisibilité du titre d'héritier, qui ne permet pas d'accepter pour partie une hérédité et de la répudier pour partie. Et on ajoute que l'ascendant donateur, répudiant la succession ordinaire parce qu'elle est mauvaise, n'a pas d'intérêt à accepter la succession anormale, qui sera mauvaise également et, qu'au contraire, sa renoncia-

tion lui procurera l'avantage d'éviter le paiement des dettes auquel il est tenu, proportionnellement à ce qu'il recueille, même *ultra vires successionis*, ainsi que l'admettent la plupart des auteurs.

Dans une autre opinion, on répond qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir, dans la question qui nous occupe, le principe de l'indivisibilité du titre d'héritier. Ce principe ne peut s'appliquer qu'à une seule vocation héréditaire ; or, ici nous nous trouvons en présence de deux successions distinctes, dans lesquelles la vocation de l'ascendant n'a pas la même cause. Dans la succession ordinaire, il vient comme parent ; dans la succession anormale, c'est sa qualité de donateur qui crée son droit.

Il est héritier dans deux successions et non dans une seule ; son titre est double, il n'y a donc pas indivisibilité. De plus, il n'est pas exact de dire que l'ascendant n'a pas d'intérêt, quand la succession ordinaire est mauvaise, à la répudier pour accepter la succession anormale qui, dit-on, sera mauvaise aussi. Il est d'abord un cas où l'intérêt de l'ascendant à agir ainsi est évident ; c'est celui où l'ascendant, en concours avec d'autres héritiers dans la succession ordinaire, a reçu un don du *de cujus*. Venant à la succession ordinaire, il aurait à rapporter le bien reçu dont la valeur peut être égale ou même supérieure à sa part ; il a donc intérêt, pour le conserver, à renon-

cer à la succession ordinaire ; d'un autre côté, l'ascendant peut attacher au bien donné un grand prix d'affection et consentir, pour le reprendre, à des sacrifices qu'il ne se soucie pas de faire pour des biens qui lui sont indifférents. Il préférera renoncer à sa part de ces biens, plutôt que de payer la part de dettes qui leur incombe, si minime qu'elle soit. Enfin, la renonciation de l'ascendant n'implique pas forcément que la succession ordinaire soit mauvaise, et l'induction qu'on veut tirer de sa renonciation, pour dire que la succession anormale doit aussi être mauvaise, peut être erronée. En effet, la renonciation de l'ascendant peut avoir pour but, non le désir de s'exonérer des charges d'une succession embarrassée, mais l'intention de permettre à un héritier, auquel sa présence faisait obstacle, de se présenter à la succession ordinaire.

On s'est demandé également, si l'ascendant pouvait renoncer à la succession anormale et accepter la succession ordinaire, et on a voulu résoudre la question par une distinction. On a dit : si, dans la succession ordinaire, l'ascendant est en concours avec d'autres héritiers, il peut renoncer à la succession anormale. Sa renonciation a pour effet de ne pas distraire de la masse les biens donnés, et, au lieu de deux successions, il ne s'en ouvre qu'une seule, la succession ordinaire, dans laquelle l'ascendant vient recueillir sa

part déterminée par le nombre et la qualité de ses cohéritiers. Si, au contraire, l'ascendant est seul héritier dans la succession ordinaire, il ne peut, disent plusieurs auteurs, renoncer à la succession anormale et accepter la succession ordinaire ; cette solution serait dictée par le manque d'intérêt de l'ascendant à agir autrement.

Il est vrai que sa renonciation à la succession anormale laisse, dans la masse, des biens que son acceptation en eut fait sortir, et, qu'à première vue, on ne voit pas l'avantage de l'ascendant à répudier d'une main des biens qu'il recueillera de l'autre ; mais nous verrons apparaître l'intérêt de l'ascendant à renoncer à la succession anormale et à accepter la succession ordinaire, en étudiant les questions de réserve et de quotité disponible soulevées par notre matière et, notamment la question de savoir si les biens donnés doivent, ou non, être compris dans la masse pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible.

Une question nous reste à examiner. Un ascendant, appelé à la fois à la succession anormale et à la succession ordinaire, prend l'un des trois partis que la loi met à sa disposition (acceptation pure et simple, acceptation bénéficiaire, ou renonciation), mais il n'indique pas à laquelle des deux successions s'applique sa décision. Comment doit-on interpréter son silence ? Doit-on considérer l'ascendant comme ayant pris

parti dans les deux successions ? ou bien dans une seule ? et, si l'on se range à ce dernier avis, à laquelle des deux successions, anormale ou ordinaire, appliquera-t-on l'option de l'ascendant ? Le plus souvent, des circonstances de fait viendront éclairer les intentions de l'ascendant, et permettre de trancher la difficulté. Si rien ne peut servir de guide, nous pensons que le mieux est de ne pas scinder l'acte de l'ascendant, et d'appliquer aux deux successions la décision qu'il aura prise. Nous ne voyons pas le motif qui a pu pousser un auteur, (M. Vazeille), à décider que l'on ne devrait considérer l'acceptation ou la renonciation de l'ascendant, que par rapport à la succession anormale.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS SOUS LESQUELLES S'EXERCE LE DROIT DE RETOUR

En analysant l'article 747, on voit que l'exercice du droit de retour accordé à l'ascendant donateur, est subordonné à quatre conditions :

1° Donation par l'ascendant au descendant ;

2° Prédéces du donataire ;

3° Absence de postérité ;

4° Absence de disposition par le donataire.

Cette dernière condition ne fera pas l'objet d'un paragraphe distinct : nous en retrouverons les applications, au cours des hypothèses que nous aurons à examiner.

Quant aux trois premières conditions, nous les étudierons sous trois paragraphes.

§ 1. — Donation.

Cette première condition peut se subdiviser en deux points : 1° Quelle sorte de donation peut donner ou-

verture au droit de retour ? 2° Quels ascendants peuvent s'en prévaloir ?

I. — Aux termes de l'article 747 « les ascendants succèdent... aux choses par eux données... ». En employant cette expression très large, « choses données », le législateur a voulu accorder le droit de retour quels que fussent et les biens donnés et la forme employée pour la libéralité. Le droit de retour porterait donc sur les meubles comme sur les immeubles ; ce point est aujourd'hui admis sans conteste. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit, et l'opinion que le droit de retour ne portait que sur les immeubles comptait de nombreux partisans. Ils s'appuyaient sur ce motif, que l'ascendant reprenait les biens donnés comme héritier aux propres ; or, seuls, les immeubles avaient ce caractère, ce motif ne subsiste plus aujourd'hui ; la distinction sur laquelle il était basé n'ayant pas été admise par le Code.

La forme employée par le donateur importe peu : donation entre-vifs, constitution de dot, partage d'ascendants (Poitiers, 28 décembre 1880. D. 81. 2. 174), don manuel (sauf, dans ce dernier cas, les difficultés de la preuve), etc., etc. Si la donation avait été déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, fait sous seings privés, le droit de retour n'aurait pas lieu, puisque l'article 747 exige qu'il y ait « donation », à moins, cependant, qu'on ne pût prouver la simulation ;

du moins si l'on admet, avec la jurisprudence, que les donations déguisées sont valables, quand elles sont faites à des personnes capables de recevoir.

On discute sur le point de savoir si le droit de retour porte sur les menus dons faits à certaines époques de l'année, et connus sous le nom de « présents d'usage ».

Pour certains auteurs, l'ascendant peut les reprendre ; en effet, dit-on, le Code ne distingue pas, et l'expression qu'il emploie, « choses données », est assez large pour comprendre même ces dons de peu d'importance. Les autres auteurs refusent à l'ascendant le droit de retour dans cette hypothèse, et répondent que ces sortes d'objets ont généralement peu de valeur, qu'ils n'enrichissent pas le donataire et n'appauvrissent pas le donateur, qui les prélève sur ses revenus, et pour lequel c'est une dépense prévue et périodique. Ses héritiers n'ont jamais dû compter sur les sommes employées à cet usage, qui, si elles étaient restées dans le patrimoine du donateur, n'auraient pas été économisées, mais lui auraient servi à vivre plus largement. On peut ajouter que le Code est favorable à cette manière de voir, puisqu'il dispense ces menus dons du rapport auquel il soumet les biens donnés par le *de cuius* à l'un de ses héritiers. Peut-être, cependant, pourrait-on accorder le droit de retour, dans le cas où ces présents d'usage se sont

composés de bijoux ou de souvenirs de famille.

Le donateur doit y attacher un grand prix d'affection, et s'il a consenti à s'en séparer en faveur de son enfant, il est à présumer qu'il ne les verrait pas, sans déplaisir, passer entre les mains d'indifférents ou d'étrangers.

II. — Quels ascendants peuvent se prévaloir du droit de retour ? Malgré l'apparente généralité du texte de l'article 747, il faut examiner la situation faite par le Code, au point de vue qui nous occupe, aux ascendants légitimes et aux ascendants naturels. Cette question ne se pose pas pour l'adoptant, dont la situation est réglée par les articles 351 et 352 du Code civil.

Pour l'ascendant légitime, aucun doute qu'il n'ait le droit de retour. Quel que soit son degré, à quelque ligne qu'il appartienne, l'ascendant vient seul dans la succession anormale ; personne ne peut concourir avec lui et encore moins le primer, fût-ce même un collatéral privilégié, qui serait préféré à l'ascendant dans la succession ordinaire.

Mais l'ascendant seul peut exercer le droit de retour. Si donc l'ascendant venait à décéder avant le donataire, la condition, apposée à l'ouverture du droit de retour par l'article 747, se trouverait définitivement défaillie et ne saurait revivre ; ainsi les héritiers de l'ascendant, survivant à l'enfant donataire, ne pourraient exercer le droit de retour dans sa succession.

Nous retrouverons cette question sous le paragraphe II.

Pour l'ascendant naturel, la question est vivement controversée ; et nous allons examiner les diverses hypothèses qui peuvent se présenter. Mais il en est une qu'il nous faut tout d'abord écarter. Un père, ayant un fils légitime, fait une donation à l'enfant naturel de ce fils. L'enfant naturel meurt sans postérité. Le droit de retour existera-t-il ? Certainement non. Car l'enfant naturel ne pouvant, aux yeux de la loi, avoir pour *ascendants* que son père et sa mère, le donateur ne peut être l'*ascendant* donateur : or, c'est à l'*ascendant* donateur seul, qu'est accordé le droit de retour. Il en serait de même, et, pour la même raison, le droit de retour n'existerait pas, au profit de celui qui aurait fait une donation à l'enfant légitime de son fils naturel.

Voyons maintenant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Le donateur seul a reconnu l'enfant ou, les deux auteurs de l'enfant l'ayant reconnu, le donateur seul survit. Dans ces deux cas, la succession entière de l'enfant naturel étant dévolue à l'auteur survivant, la question offre peu d'intérêt.

En modifiant un peu l'hypothèse précédente, supposons que le donateur veuille renoncer à la succession ordinaire et s'en tenir aux biens donnés, ou

que, les deux auteurs de l'enfant l'ayant reconnu et un seul lui ayant fait une donation, les deux lui survivent. Dans ce cas, si on refuse à l'ascendant naturel donateur le droit de retour sur les biens donnés, comme la succession va être partagée entre les deux ascendants, l'ascendant donateur sera évincé de la moitié des biens donnés, qui seront compris dans la masse à partager ou même peut-être la composeront entièrement.

Dans ces deux derniers cas, l'intérêt du donateur à exercer le droit de retour est évident ; mais la loi le lui permet-elle ?

Cette question, tranchée sans hésitation en faveur de l'ascendant naturel par les premiers commentateurs du Code civil, est aujourd'hui controversée.

Les uns disent : l'article 747 ne distinguant pas entre l'ascendant légitime et l'ascendant naturel, et les expressions employées par lui étant très générales (les ascendants.... succèdent), il faudrait, pour écarter l'ascendant naturel, une exclusion formelle qui n'est prononcée nulle part.

L'ancien droit, il est vrai, refusait à l'ascendant naturel le droit de retour, mais sa décision était dictée par deux motifs qu'on ne peut plus admettre.

D'abord, dans l'ancien droit, les parents naturels ne succédaient pas aux « bâtards » ; il n'en est plus de même aujourd'hui. L'article 763 du Code civil attribue

aux père et mère naturels la succession de l'enfant naturel reconnu décédé sans postérité. Ensuite, le droit de retour accordé aux ascendants légitimes avait pour but, dans l'ancien droit, notamment, d'établir une sorte de compensation à l'obligation qui leur incombait de doter leurs enfants. Aujourd'hui les ascendants légitimes, pas plus que les père et mère naturels, ne sont tenus de doter leurs enfants (Argt. art. 204, C. c.). Et les partisans de cette opinion ajoutent que les motifs, qui ont incité le législateur du Code civil à établir le droit de retour au profit des ascendants légitimes, existent avec plus de force encore, quand il s'agit des ascendants naturels. Si le retour légal n'existait pas au profit des ascendants légitimes, les biens donnés seraient recueillis par les héritiers de l'enfant donataire, c'est-à-dire par des parents, et l'ascendant souffrirait moins de se sentir dépouillé, puisque sa spoliation profiterait à des membres de la famille ; au contraire, si on refuse à l'ascendant naturel le retour légal, les biens donnés iront à des étrangers. De plus, les ascendants naturels peuvent être moins portés à faire des donations à leurs enfants naturels, que ne le sont les ascendants légitimes vis-à-vis de leurs descendants.

Souvent, en effet, les père et mère naturels considéreront comme des importuns ces enfants dont la présence leur perpétue le souvenir d'une faute ; et,

cependant, les enfants naturels dont la famille est restreinte à leur père et mère, ne peuvent trouver que chez eux les secours physiques et moraux dont ils ont besoin plus encore peut-être que les enfants légitimes ; il faut donc encourager les ascendants naturels à ne pas se désintéresser du sort de leurs enfants, et les exciter, en leur montrant leur propre intérêt, à fournir à ces enfants les moyens de subsister et de se créer une situation. Enfin, dit-on, l'article 766 accorde aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, décédé sans postérité, le droit de retour sur les biens qui ont été donnés à l'enfant naturel par le père ou la mère naturels ; à plus forte raison, ce droit doit-il être accordé aux père et mère eux-mêmes.

Il est incontestable que ces arguments ont une grande force, et qu'ils auraient peut-être dû décider le législateur à accorder le droit de retour aux ascendants naturels ; mais nous croyons qu'en l'absence d'une disposition formelle à cet égard, le silence du Code ne peut être interprété que dans un sens défavorable à l'ascendant naturel, et qu'on doit lui refuser le droit de retour.

On peut, en effet, répondre aux arguments que nous venons d'exposer : L'article 747, il est vrai, ne distingue pas entre les ascendants légitimes et les ascendants naturels ; mais sa place même (dans une section

d'un chapitre consacré aux successions légitimes), indique bien qu'il ne s'occupe que d'un droit de succession légitime. Peut-être chercherait-on à répondre (Marcadé, tome III, page 84, n° 128) que la place de l'article 747 ne doit pas être prise en considération, et que cet article pose une règle générale, applicable aux ascendants naturels comme aux ascendants légitimes ; mais on peut répliquer que l'expression « ascendants » de l'article 747, qui comprend non seulement le père et la mère, mais encore les grands-parents, est inapplicable à la parenté naturelle, dans laquelle l'ascendance se compose uniquement des père et mère (En ce sens Demolombe, *Traité des successions*, tome I, page 557).

L'article 765 qui règle les droits des père et mère naturels dans la succession de leur enfant décédé sans postérité, et la leur attribue à chacun par moitié, ne fait aucune distinction entre les biens qui la composent ; et, des explications échangées au Conseil d'État lors de la discussion de l'article 765, il résulte que divers membres, et notamment Cambacérès, demandaient qu'on accordât aux père et mère naturels le droit de retour, en les écartant de la succession ordinaire. Leur proposition fut repoussée précisément par ce motif, qu'on donnait aux père et mère naturels le droit de succéder à tous les biens de leur enfant, décédé sans postérité. L'argument *à fortiori*, que les

partisans de l'opinion contraire veulent tirer de l'article 766, prête à la critique, en ce sens, que le droit qu'il établit en faveur des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, décédé sans postérité, ne s'exerce qu' « en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel » et non en présence des auteurs de l'enfant naturel, ou de l'un d'eux. On a proposé une opinion intermédiaire. L'auteur naturel donateur étant décédé avant le donataire, le retour légal pourrait être exercé, dans la succession de l'enfant naturel, par les enfants légitimes de cet auteur naturel donateur, à l'exclusion de l'auteur survivant. Cette opinion, repoussée par la jurisprudence, n'a pas prévalu.

Nous avons vu que l'ascendant légitime donateur a le droit de retour et l'a seul. Dans l'ancien droit, on controversait, à ce sujet, différentes questions et notamment celle de savoir si, l'aïeul ayant donné à son petit-fils et étant décédé, le droit de réversion appartenait au fils, père du donataire. Dans les pays de droit écrit, les parlements accordaient le droit de retour au père, en prétendant que l'aïeul, en faisant la donation, n'avait agi que par affection pour son fils, et afin d'acquitter, en son lieu et place, l'obligation de doter qui lui incombait. Cette décision, basée sur les souvenirs du droit romain, n'était généralement pas admise dans les pays de coutume où le père n'était pas tenu de doter son enfant, et on refusait au

père le droit de retour (Lebrun, liv. I, chap. V, sect. II, n° 42).

Cette dernière solution est celle que l'on doit admettre aujourd'hui, même dans le cas où ce serait le père lui-même qui, ayant reçu cet objet de l'aïeul à charge de le donner au petit-fils, le lui aurait remis, et où il serait prouvé que le père n'a été que l'intermédiaire entre l'ascendant, donateur véritable, et le donataire.

§ II. — Prédéces du donataire.

La mort civile ayant été abolie par la loi du 31 mai 1854, le droit de l'ascendant donateur s'ouvre seulement aujourd'hui par la mort naturelle du donataire, et par la déclaration de son absence. Il y a là une simple question de fait et non de droit. Il peut cependant se présenter une difficulté, dans le cas où le donateur et le donataire périssent dans le même événement.

Peut-on appliquer ici la théorie établie par les articles 720, 721 et 722 du Code civil, et connue sous le nom de *Théorie des commorientes*. Il faut résoudre la question par une distinction, et décider que si on se trouve dans le cas que visent ces articles (c'est-à-dire si le donateur et le donataire se trouvaient, au moment de leur décès, *respectivement* appelés à la

succession l'un de l'autre), on devra appliquer à la succession anormale, comme à la succession ordinaire, la théorie qu'ils établissent. Si, au contraire, au moment de leur décès, l'un des deux n'était pas appelé à la succession de l'autre ; par exemple, si l'aïeul, qui a fait une donation à son petit-fils, a encore son fils, qui le prime dans la succession ordinaire du petit-fils, et qu'il ne soit appelé, par conséquent, qu'à la succession anormale par suite du décès de ce petit-fils, on ne pourra pas appliquer à cette succession particulière les règles des articles 720 et suivants.

Le décès du donataire n'est pas la seule cause qui puisse donner ouverture au droit de retour de l'ascendant. L'envoi en possession provisoire permettant d'exercer provisoirement les droits subordonnés au décès de l'absent, (art. 123), produit le même effet. Dans ce cas, l'ascendant donateur pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens donnés, en donnant caution conformément aux prescriptions de l'article 123.

Si, lors du décès du donataire, le donateur était absent, ses représentants devraient, pour pouvoir exercer dans la succession du donataire les droits de leur auteur, rapporter la preuve que ce dernier a survécu au donataire ; faute de quoi, leur demande serait repoussée, conformément à l'article 133, et il y aurait lieu d'appliquer l'article 136.

§ III. — Absence de postérité.

Lorsque le donataire laisse à son décès des enfants ou des descendants, (le degré importe peu), la loi, présumant que le donateur les a eu en vue, dans sa libéralité, aussi bien que le donataire lui-même, décide, que l'ascendant ne pourra pas exercer le droit de retour. Elle considère l'ascendant comme ayant préféré à lui-même, et le donataire et sa postérité. Mais est-ce à dire qu'une postérité quelconque fera obstacle au droit de retour, et n'y a-t-il, à cet égard, aucune distinction à établir? Sur ce point, les auteurs sont divisés, et nous allons passer en revue les différents arguments invoqués par les deux opinions en présence, dans chacune des hypothèses suivantes :

A. Le donataire laisse des enfants ou des descendants légitimes.

Dans ce cas, le droit de retour est définitivement, éteint, pourvu, toutefois, que ces enfants ou descendants du donataire soient ses « *héritiers* » c'est-à-dire qu'ils soient nés vivants et viables, ou tout au moins soient conçus lors de son décès (art. 725) ; qu'ils ne renoncent pas à la succession de leur auteur (art. 785), ou qu'ils n'en soient pas écartés comme indignes (art. 727). Sinon, l'ascendant pourrait exercer le droit de retour. Dans l'ancien droit, on controversait la

question de savoir si des enfants, issus d'un mariage autre que celui en faveur duquel la donation avait été faite, pouvaient écarter l'ascendant, ou si, seuls, les enfants issus du mariage avaient ce droit. On hésitait surtout à l'accorder aux enfants issus d'un mariage postérieur à celui, en vue duquel la donation avait été faite.

Cependant Lebrun (liv. I, chap. V, sect. II, n^{os} 26 et 27) nous rapporte : « l'on considère les deux mariages comme un seul, et il suffit qu'il reste des enfants pour empêcher que la réversion ait lieu ». C'est cette dernière opinion qui est admise aujourd'hui, et elle trouve un point d'appui dans les termes mêmes de l'article 747, qui parle de « postérité » sans préciser. Du reste, que le mariage dont ils sont issus ait précédé ou suivi la donation, ou soit celui en vue duquel elle a été faite, les enfants du donataire sont toujours les « descendants » du donateur, et l'esprit de la loi, autant que son texte, sont favorables à cette dernière solution, et l'on ne saurait, pour l'infirmar, argumenter, par analogie, de ce qui a lieu pour les donations de biens à venir faites par contrat de mariage (art. 1082), qui sont toujours présumées faites aux enfants et descendants à naître du mariage en vue duquel est faite la donation, et non à d'autres. L'analogie n'est qu'apparente, car, dans l'hypothèse prévue par cet article, les enfants sont directement donataires

par voie de substitution vulgaire, et leur prédécès rend la donation caduque (art. 1089).

Que décider dans le cas où le donataire étant décédé laissant des enfants, ces enfants, eux-mêmes, décèdent avant l'ascendant donateur et ne laissent pas de postérité ? Doit-on lui accorder le droit de retour ?

Certains auteurs l'ont prétendu et ont invoqué l'ancien droit, où la question était résolue en faveur de l'ascendant, notamment dans les coutumes de Paris et d'Orléans. Pothier s'exprime ainsi (art. 315, *Coutume d'Orléans*, note). « Le donateur succède à ces choses non seulement dans la succession de son fils, à qui il les a données, lorsqu'il est mort sans enfants, mais encore dans celle de l'enfant de ce fils qui les a eues de la succession de son père ». Et encore (*Traité des successions*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2). « Cette préférence de l'ascendant donateur sur les autres parents, a lieu, non seulement dans la succession de l'enfant qui était lui-même le donataire, mais encore dans celle des enfants de cet enfant donataire ». De plus, l'article 352 accorde à l'adoptant le droit de retour, dans la succession des enfants de l'adopté, quand ceux-ci décèdent sans postérité ; comment la loi refuserait-elle à l'ascendant, une faveur qu'elle accorde à l'adoptant. Enfin, on ajoute que les motifs qui ont fait établir le droit de retour au profit de l'ascendant, se retrouvent avec plus de force dans

cette hypothèse que dans toute autre, puisque l'ascendant a vu toutes ses prévisions déjouées. Survivant à deux générations, il mérite plus qu'un autre la faveur de la loi, et on ne doit pas lui enlever la triste consolation de reprendre les biens, dont il avait espéré faire profiter sa postérité.

On peut répondre, d'abord, que l'argument tiré de l'ancien droit n'est pas aussi décisif qu'on veut bien le dire, car la question n'était pas tranchée, en faveur de l'ascendant, aussi nettement que le prétendent les partisans de l'opinion contraire. De plus, la nature de propres des biens donnés, base de leur dévolution à l'ascendant, existait et dans la succession du donataire, et dans celle de ses descendants ; en sorte que l'on s'explique la décision de Pothier : mais ces motifs ne sauraient être invoqués aujourd'hui, où la distinction des biens en propres et en acquêts n'existe plus.

Les rédacteurs du Code civil, du reste, connaissant la controverse de l'ancien droit sur cette question, auraient formellement exprimé leur avis, s'ils avaient entendu accorder à l'ascendant le droit de retour dans la succession des enfants du donataire. Ensuite, on peut objecter que le texte de l'article 747 est contraire à l'opinion adverse ; le droit qu'il établit ne s'exerce qu'au profit de l'ascendant donateur retrouvant en nature les biens donnés dans la succession du dona-

taire décédé sans postérité ; or toutes les conditions exigées par l'article 747, pour que le droit de retour puisse s'ouvrir, font défaut ici. Sans entrer dans le détail de la question de savoir ce qu'il faut entendre par « biens se retrouvant en nature », nous pouvons dire, dès maintenant, que cette condition n'est pas remplie ici, puisque les biens dont s'agit sont entre les mains des enfants du donataire, comme recueillis par eux dans la succession de leur père, et non comme biens donnés ; et, la preuve, c'est que si les enfants avaient renoncé à la succession de leur père, ces biens ne leur appartiendraient pas ; ils ne sont donc pas pour eux les biens donnés ; or ce sont les biens donnés, seulement, que l'ascendant donateur peut reprendre, et vis-à-vis des enfants du donataire l'ascendant n'est pas donateur ; ils ne sont pas ses donataires, et c'est dans la succession seule du donataire qu'il peut reprendre les biens ; et, enfin, ce qui doit décider, le donataire n'est pas décédé sans postérité, puisque c'est dans la succession des enfants de ce donataire que l'ascendant prétend exercer des droits. On voit donc que l'analyse rigoureuse de l'article 747 détruit complètement la prétention de l'ascendant. Quant à l'argument de l'article 352, invoqué à l'appui de l'opinion contraire, il nous paraît la condamner formellement. En effet, il nous montre que le législateur, voulant accorder à l'adoptant le droit de

retour dans la succession des enfants de l'adopté, a cru devoir exprimer sa pensée en termes exprès. Si donc il n'a rien dit à ce sujet dans l'article 747, c'est qu'il a entendu refuser à l'ascendant la faveur qu'il accordait à l'adoptant.

Enfin au dernier argument présenté, (nécessité plus grande d'une consolation pour l'ascendant survivant à deux générations), on peut, tout en reconnaissant sa valeur, répondre qu'il était facile à l'ascendant, par le retour conventionnel, d'éviter le danger qui le frappe. Il faut bien, cependant, reconnaître que la loi s'est montrée imprévoyante, et sacrifie l'ascendant qui, sans manquer de vigilance, mais par générosité ou délicatesse, s'est contenté du retour légal et n'a pas voulu prendre les précautions du retour conventionnel.

On devrait aussi considérer comme faisant obstacle au droit de retour, les enfants que le donataire aurait légitimés par un mariage subséquent conformément à l'article 333, qui leur accorde les mêmes droits qu'aux enfants légitimes. Cette solution nous paraît devoir être appliquée, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le mariage, qui a légitimé les enfants, a précédé ou suivi la donation ; nous fondons cette décision sur les motifs qui nous ont fait trancher la controverse relative à la question de savoir de quel

mariage les enfants légitimes devaient être issus, pour faire obstacle au droit de retour.

B. Le donataire laisse un enfant naturel reconnu. Cet enfant fait-il obstacle au droit de retour?

Dans une première opinion, on décide que l'enfant naturel fait obstacle au retour légal pour la portion à laquelle il a droit dans la succession, soit pour moitié, puisque c'est ce à quoi il a droit en présence d'un ascendant (art. 757), et on se fonde sur les considérations suivantes : La présence d'une postérité de l'enfant donataire fait obstacle au droit de retour ; nulle part la loi ne dit que cette postérité doit être légitime ; elle pose une règle générale ; si elle avait voulu y déroger, elle l'aurait fait en termes formels, comme dans les articles 351 et 960. L'article 757, pour fixer les droits de l'enfant naturel, considère la succession totale du *de cujus* : les biens donnés font partie de cette masse et peuvent même la composer entièrement. Si donc on ne tient pas compte de la présence de l'enfant naturel, et qu'on accorde néanmoins à l'ascendant le droit de retour, l'enfant naturel sera privé de son droit de succession, et sera peut-être même atteint jusque dans sa réserve, (en supposant résolue dans le sens de l'affirmative, la question de savoir si les enfants naturels ont une réserve). Enfin, dit-on, le donataire aurait pu faire donation à l'enfant naturel de la totalité des biens donnés par l'ascen-

dant ; il est peu vraisemblable que la loi refuse une part de ces biens à cet enfant auquel la reconnaissance a donné un droit virtuel, et, d'un autre côté, on doit, comme le fait la loi elle-même dans la plupart des cas, tenir compte, dans la dévolution des successions, de la volonté et de l'affection présumées du défunt ; il n'est pas douteux que le vœu de ce dernier a été de laisser à son enfant la plus grande part possible de sa fortune, y compris les biens donnés. Enfin, on ajoute que si le défunt laisse un enfant naturel et un enfant légitime, ce dernier exclura l'ascendant, et que la part de l'enfant naturel sera augmentée d'une partie des biens donnés, qui seront restés dans la masse, puisque la succession anormale ne se sera pas ouverte. Est-il admissible que cette circonstance toute fortuite de la présence d'un enfant légitime, vienne influencer aussi profondément sur la situation de l'enfant naturel.

Les partisans du droit de l'ascendant donateur répondent, d'abord, que le vice du système qui veut permettre à l'enfant naturel d'exclure pour partie l'ascendant, éclate dans son exposé même. Et ils enferment leurs adversaires dans le dilemme suivant.

Ou l'enfant naturel est une postérité ou il n'en est pas une : s'il en est une, il fait obstacle au droit de retour pour le tout, et non pour moitié, car, alors (art. 747) « le donataire n'est pas décédé, sans posté-

rité » ; s'il n'en est pas une, l'ascendant donateur a droit aux biens donnés en totalité, car, seule, une postérité pouvait l'exclure. Comme le dit Demolombe (*Traité des successions*, tome I, p. 569) : « Nous concevons l'un ou l'autre de ces deux systèmes ; mais le système mixte, d'après lequel l'enfant naturel ferait et ne ferait pas en même temps obstacle au retour, nous avons peine à le comprendre.

« En effet, d'après l'article 747, l'ascendant succède à l'exclusion de tous autres, aux choses par lui données, lorsque le donataire décède *sans postérité*.

« Voilà le texte ! c'est tout ou rien ; c'est, si j'osais m'exprimer ainsi, oui ou non ». En effet, en présence des termes absolus de l'article 747, il n'y a pas, entre les deux systèmes opposés, de place pour le système mixte que nous avons indiqué, et, quant à soutenir que l'enfant naturel exclurait complètement l'ascendant, personne n'a jamais songé à le faire : car un enfant naturel ne peut jamais exclure un parent légitime (art. 757 et 758), cette règle, incontestable dans la succession ordinaire, nous paraissant devoir être admise également dans la succession anormale.

De plus, l'expression « postérité », dans le langage courant comme dans le langage juridique, signifie « enfant légitime » ; et, en tous cas, elle s'applique aux enfants et descendants d'un individu à quelque degré qu'ils soient ; elle ne peut donc convenir aux enfants

naturels, qui n'ont comme ascendants que leurs père et mère et non d'aïeuls, chez lesquels, en un mot, il n'y aurait de postérité qu'au premier degré seulement. La place même de l'article, que les partisans de l'opinion adverse considèrent comme sans importance, montre bien qu'il ne s'agit là que de la succession légitime ; quoiqu'on en ait dit, ce n'est pas parce que le législateur a saisi la première occasion qui s'offrait à lui de poser un principe, qu'il a écrit cet article, et c'est avec intention qu'il l'a placé dans cette section. On objecte que lorsque le Code veut parler de postérité légitime, il a soin de le dire expressément, et que son silence, dans le cas qui nous occupe, équivaut à une généralisation de l'expression et à son extension aux enfants naturels. A cela on peut répondre, avec la Cour de cassation, que le législateur n'ajoute à l'expression « postérité », le mot « légitime », que dans les matières qui n'impliquent pas par elles-mêmes l'exclusion des enfants naturels, et afin d'éviter les doutes qui pourraient s'élever. L'article 747, du reste, n'est pas le principal argument de la doctrine opposée. C'est surtout dans l'article 757 qu'elle cherche un point d'appui, et elle raisonne ainsi : « La loi, dans l'article 757, accorde à l'enfant naturel, en concours avec des ascendants, la moitié de la succession ; les biens donnés font partie de la succession ; donc, ils doivent appartenir pour moitié à l'enfant naturel ».

Cette conclusion n'est pas exacte ; les biens donnés ne font pas partie de la succession ordinaire, mais forment une succession particulière, coexistante à la succession ordinaire, mais indépendante. On objecte que, dans le cas où la succession du donataire ne comprend que les biens donnés, exclure l'enfant naturel de ces biens, c'est le priver de tout droit de succession, contrairement aux dispositions de la loi. A cela on peut répondre en renvoyant l'objection au législateur, qui seul peut modifier la loi, et même répliquer que la situation de l'enfant naturel serait la même, si l'ascendant n'avait rien donné ; le droit de l'enfant naturel existerait bien théoriquement, mais resterait illusoire, puisqu'il n'y aurait, dans l'hypothèse prévue, aucun bien sur lequel il pût s'exercer. — Le donataire, ajoute-t-on, aurait pu donner à son enfant naturel la totalité des biens donnés ou la lui léguer. Soit, mais il n'a pas usé de son droit, et il est décédé *intestat*. La loi règle comme il lui plait le sort de cette succession, et, alors qu'elle écarte des biens donnés, pour les laisser entièrement à l'ascendant, le frère du *de cujus*, ou même son père, si le donateur est un aïeul, il est peu vraisemblable qu'elle veuille favoriser l'enfant naturel que certainement l'ascendant n'a pas eu en vue, et dont la présence sera le plus souvent un déplaisir pour l'ascendant. On peut corroborer cette opinion, en observant que déjà la loi a exclu, en fa-

veur de l'adoptant (art. 350), l'enfant naturel de la succession aux biens donnés. Il ne faut pas, du reste, étendre l'exclusion de l'enfant naturel, et si l'ascendant est écarté par un enfant légitime du *de cujus*, l'enfant naturel en profitera, et aura, sur les biens donnés restés dans la masse, le tiers de ce qu'il eût eu, s'il avait été légitime. Il ne faudrait pas tirer de ce fait un argument en faveur de l'enfant naturel contre l'ascendant, ce qu'ont voulu faire les partisans de l'opinion exposée plus haut. Il faut seulement dire que la loi, voulant favoriser les enfants légitimes, ne s'est pas préoccupée de savoir si l'effet de ses dispositions serait profitable aux enfants naturels. Il faut, de même, écarter l'idée de droit virtuel, créé par la reconnaissance au profit des enfants naturels ; cet acte n'établit que des rapports de filiation ; il ne saurait constituer aucune aliénation, ni actuelle, ni future.

C. Le donataire laisse un enfant adoptif ? Le droit de retour existe-t-il ou non ? Même hésitation dans la doctrine que pour l'enfant naturel. Le principal argument de ceux qui veulent refuser à l'ascendant le droit de retour, consiste à dire que l'article 350 donne à l'enfant adoptif les mêmes droits qu'à l'enfant légitime ; donc, l'enfant adoptif doit, comme l'enfant légitime, faire obstacle au droit de retour. Le donataire, en adoptant un enfant, l'a considéré comme de-

vant succéder à tous ses biens ; aussi, n'a-t-il pas pris la précaution de lui laisser, d'une manière expresse, les biens donnés.

On répond qu'on ne saurait, sans abus de langage, employer le mot « postérité » pour désigner celui qu'un lien purement civil et fictif, l'adoption, a uni à l'adoptant. Ce mot ne peut exprimer que les liens du sang, et, même, nous avons vu que beaucoup d'auteurs veulent restreindre l'emploi de cette expression à l'enfant né d'un commerce légitime. L'esprit de la loi n'est pas moins contraire que son texte à la solution qu'on veut donner. Si la loi, en effet, sacrifie l'ascendant donateur à l'enfant ou aux descendants légitimes du donataire, c'est qu'elle présume que l'ascendant aura donné à son enfant, tant pour lui qu'en vue des enfants qui naîtront de lui, et qui, viendront partager, avec leur père, l'affection du donateur, ou même prendre sa place dans le cœur de ce dernier, si le père vient à mourir.

Mais, entre l'adopté et le père de l'adoptant, aucun lien n'existe ; l'ascendant n'a pas prévu dans sa libéralité cet étranger, nous allions dire cet intrus, qui entre dans la famille sans être attendu ni espéré.

Quant à l'argument tiré du droit implicite de l'enfant adoptif et de son assimilation à l'enfant légitime, on peut dire, d'abord, que cette assimilation n'a pas à être proposée dans cette matière toute exception-

nelle, et ajouter, ensuite, qu'il est assez étonnant de voir un « droit implicite » invoqué, en faveur de l'enfant adoptif, par des auteurs, qui repoussent formellement ce droit implicite quand on l'invoque en faveur de l'enfant naturel comme lui étant acquis par la reconnaissance dont il a été l'objet.

Cependant, et par analogie avec ce que nous avons dit pour l'enfant naturel, il faut décider que, si l'ascendant est écarté par un enfant légitime, l'exclusion profitera à l'enfant adoptif, dont la part sera augmentée d'une portion des biens donnés, restés dans la masse par suite de la non-ouverture de la succession anormale.

CHAPITRE III

DE L'OBJET DU DROIT DE RETOUR.

L'article 747 établit, en ces termes, les limites du droit de retour :

« Les ascendants succèdent,... lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire ».

Donc trois hypothèses dans lesquelles le retour légal peut s'exercer :

Présence en nature des biens donnés dans la succession du donataire ;

Existence d'une créance de prix de vente ;

Existence d'une action en reprise.

Nous étudierons ces trois cas sous trois paragraphes distincts.

A. — *Présence en nature des biens donnés.*

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, qu'aujourd'hui, il n'y avait plus lieu de distinguer, au point de vue du droit de retour entre les meubles et les

immeubles. Dans l'ancien droit, la réversion ne s'appliquait qu'aux immeubles, et le motif en était que l'ascendant ne reprenait les biens donnés, que comme successeur aux propres : or, seuls, les immeubles avaient ce caractère. Aujourd'hui cette distinction n'existe plus, et, en présence des termes généraux de l'article 747, (biens se retrouvant en nature), on doit décider que le droit de retour s'exerce, quelle que soit la nature des biens donnés.

Nous nous bornerons également à rappeler, que la forme employée pour la libéralité importe peu, pourvu, cependant, que le mode adopté pour la faire ait constitué une « donation », c'est-à-dire un dessaisissement gratuit, actuel et irrévocable, (c'est en effet sur les choses « données », seulement, que le droit de retour peut s'exercer), ce qui exclut les donations de biens à venir par contrat de mariage et les legs. Quant aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sous seing-privé, il faut admettre ou nier qu'elles puissent servir de fondement au droit de retour, selon qu'on les valide, avec la jurisprudence, ou qu'on les considère comme nulles, avec la doctrine.

Le droit de retour ne s'appliquant qu'aux biens qui se retrouvent en nature, il faut en conclure que l'ascendant doit reprendre les biens dans l'état où ils se trouvent, avec les détériorations ou les diminu-

tions de valeur, que le donataire a pu leur faire subir. Ainsi, l'ascendant devrait supporter l'établissement d'une servitude ou la constitution d'une hypothèque sur l'immeuble donné. Il y a cependant à rappeler une différence entre les deux cas ; la servitude établie par le donataire ne pourrait donner lieu, de la part de l'ascendant, à aucun recours contre les héritiers ordinaires, au lieu que, (du moins dans l'opinion que nous avons admise dans notre chapitre II), l'ascendant qui, par suite d'une hypothèque, aurait payé une part des dettes de la succession, supérieure à sa part contributive, aurait recours, contre les héritiers ordinaires, pour ce qui excéderait cette part : la raison en est que la servitude grève l'immeuble, sans utilité pour le reste du patrimoine, tandis que l'hypothèque, comme le dit M. Demolombe, « enveloppe » seulement l'immeuble affecté à la garantie du remboursement d'une dette contractée dans l'intérêt de tout le patrimoine.

De ce que le droit de retour ne peut s'exercer qu'autant que les biens se retrouvent en nature dans la succession, il faut conclure qu'il serait éteint si le donataire avait disposé des biens donnés, et nous allons passer en revue les hypothèses qui peuvent se présenter.

Que doit-on décider quand le donataire a donné le bien reçu de son ascendant ? Dans l'ancien droit, on

hésitait à refuser à l'ascendant le droit de retour, et certains auteurs le lui accordaient en se fondant sur le caractère « sacrilège » de la donation faite par le donataire ; mais l'opinion contraire avait prévalu et on refusait le droit de retour à l'ascendant. C'est ce qu'il faut décider aujourd'hui.

Le donataire a légué le bien donné. Le droit de retour peut-il s'exercer ? Dans l'ancien droit, Domat pensait que l'ascendant pouvait reprendre le bien donné. « Les dispositions testamentaires, disait-il, (*Lois civiles*, Liv. II, Titre II, sect. III, n° 5) ne sont pas de la même nécessité pour l'usage de la donation que l'est la liberté d'engager et d'aliéner, et elles ne sont pas non plus de l'intention du donateur... » Aujourd'hui encore, plusieurs auteurs soutiennent que le droit de l'ascendant n'est pas éteint par la disposition testamentaire du donataire, et ils se fondent, pour le décider, sur le raisonnement suivant. La loi accorde le droit de retour, quand les biens se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire mort sans postérité ; or, au moment du décès du donataire, le bien existait encore en nature (Agen, 13 mars 1817, *Sirey*, 1822, II, 300) ; nous sommes donc dans les termes de l'article 747 et nous devons l'appliquer, d'autant plus que le légataire au moment du dernier soupir du testateur n'a encore acquis aucun droit sur la chose, il n'en est pas en possession ; on peut donc,

sans scrupule, laisser cette chose à l'ascendant, alors qu'il serait injuste d'en priver, pour la lui rendre, un donataire en possession depuis fort longtemps peut-être. Ce raisonnement n'est pas exact et conduit à une interprétation contraire à la fois, et au texte de l'article 747 et aux caractères mêmes du droit de retour. On ne peut pas dire, en effet, qu'au moment du décès de l'enfant donataire, le bien qu'il a légué est encore en nature dans sa succession.

L'article 1014 condamne formellement cette manière de voir, en décidant que « tout legs pur et simple donnera au légataire *du jour du décès du testateur* un droit à la chose léguée ».

Donc, dès le moment du décès, le bien légué était devenu la propriété du légataire et ne se *trouvait* plus en nature dans la succession du testateur; la condition de l'article 747 fait défaut et le droit de retour ne s'ouvre pas (En ce sens : Toulouse, 21 décembre 1891. D. 92. 2. 369).

La demande en délivrance, que la loi impose au légataire, ne diminue en rien son droit de propriété, et ne peut, en conséquence, infirmer notre décision que nous appliquerions même au cas où le legs serait fait à terme incertain ou sous condition suspensive. Il n'y en aurait pas moins là un acte de disposition fait par l'enfant donataire et l'arrivée, du vivant du légataire, de la condition suspensive ou du

terme incertain, apposé au legs, opérerait, quant à la propriété des objets légués, un effet rétroactif au jour du décès du testateur (art. 1179) (Aubry et Rau, tome VII, p. 475). De plus, la doctrine contraire aurait pour effet de limiter les droits du donataire, ce qui est incompatible avec la nature même du droit de retour légal, qui lui laisse toute liberté et toute latitude.

Quoi qu'en ait dit Domat, (*loc. cit.*), la faculté de disposer par testament est aussi essentielle, pour la pleine liberté de l'enfant donataire, que celle de disposer entre vifs. Pourquoi obliger l'enfant, s'il veut disposer à titre gratuit, à se dépouiller de son vivant ? — La question était généralement tranchée, dans l'ancien droit, dans le sens de la liberté du donataire de disposer par testament. — On pourrait, seulement, prétendre accorder à l'ascendant le droit de demander la réduction des donations ou des legs qui entameraient sa réserve. Mais cette prétention, qui constituerait, tout d'abord, une reconnaissance implicite du droit de disposition du donataire, ne pourrait être admise qu'au cas où l'on déciderait que l'ascendant a une réserve dans la succession anormale. Cette question controversée sera examinée plus loin.

La condition d'existence des biens en nature dans la succession, implique non seulement leur présence, *in specie*, mais encore avec leur caractère de biens

donnés par l'ascendant. Cette seconde exigence n'est pas admise par tous les auteurs, et beaucoup sont d'avis d'accorder le droit de retour à l'ascendant quand les biens se retrouvent en nature dans la succession, alors même qu'ils en seraient sortis et n'y seraient rentrés que par une cause absolument indépendante de la volonté de l'ascendant donateur, et différente de celle qui les avait mis une première fois dans le patrimoine du donataire. Ainsi le donataire donne le bien qu'il avait reçu de l'ascendant ; puis il le rachète, et meurt, sans postérité, avant le donateur. Dans ce cas, disent certains auteurs, le droit de retour doit être accordé à l'ascendant, conformément au texte même de l'article 747, car les biens se retrouvent en nature dans la succession. Cette interprétation n'a pas été admise, et à bon droit, car elle viole l'esprit de l'article 747, le fondement même du droit de retour, et aussi le texte bien compris de l'article 747. En effet, ici, la loi, contrairement à l'article 732, recherche l'origine des biens, pour en faire la dévolution à ceux dont ils proviennent. Or, dans l'hypothèse présentée plus haut, les biens, lors du décès du donataire, se trouvent dans sa succession, non par l'effet de la donation de l'ascendant, mais par suite du rachat effectué par le donataire. Le droit de l'ascendant, éteint par la disposition qu'avait faite du

bien donné l'enfant donataire, ne peut revivre par l'effet de son acquisition.

Il ne peut donc revenir à l'ascendant ; il se trouve dans la succession, « *in specie* », cela est vrai, mais non plus comme bien donné par l'ascendant, ce qui justifiait le droit de retour (C'est l'absence de ce caractère qui nous a amenés, entre autres motifs, à refuser à l'ascendant donateur le droit de retour dans la succession des enfants du donataire, morts eux-mêmes sans postérité avant le donateur). L'opinion contraire pourrait conduire à des situations inextricables, notamment dans cette hypothèse :

Un ascendant donne un bien à son petit-fils ; celui-ci le vend ; son père le rachète et le lui donne. Le petit-fils meurt sans postérité avant son père et son grand-père.

A qui doit-on accorder le droit de retour ? Cette question est insoluble dans le système que nous combattons ; le père et l'aïeul auraient également le droit d'exercer le retour, comme ayant donné le bien qui se retrouve en nature dans la succession. Dans le système que nous avons admis, au contraire, aucune difficulté, le droit de retour appartient au père, par la donation duquel le bien se trouve dans la succession de l'enfant, lors de son décès.

Dans l'ancien droit, Lebrun (liv. I, chap. V, sect. II, n^{os} 58 et 59) refusait aussi le droit de retour à l'as-

cependant, quand le bien donné; aliéné par le donataire, ne se retrouvait dans la succession, que par suite d'un rachat ou d'une nouvelle donation faite à l'enfant par un autre que l'ascendant. Il accordait cependant, par exception, le droit de retour à l'ascendant dans le cas où l'immeuble se retrouvait en nature dans la succession « *ex causa primæva et antiqua* » comme, par exemple, par l'exercice d'une clause de rachat; ou quand l'aliénation avait eu lieu en fraude des droits de l'ascendant, comme dans le cas où l'enfant aurait vendu l'immeuble à une personne dont il était héritier, sûr ainsi de le retrouver. Cette deuxième hypothèse se présentera bien rarement aujourd'hui; il est difficile de présumer que le donataire cherche à recourir à la fraude, pour empêcher un droit de retour, qu'une disposition quelconque de sa part lui permet de faire évanouir. Quant à la première hypothèse, la solution donnée est évidemment juste: l'ascendant qui aurait succédé à l'action en reprise, succède au bien revenu dans la succession par l'exercice de cette action. Il en serait de même aujourd'hui, et l'ascendant reprendrait le bien revenu en nature dans la succession, par suite de l'exercice d'une faculté de rachat, d'une action en résolution de vente ou en rescision, en un mot, par une cause inhérente à l'acte qui avait fait sortir le bien du patrimoine. Dans ce cas, en effet, l'aliénation est considérée

comme n'ayant jamais existé et les choses sont remises dans leur état primitif ; le bien revient dans le patrimoine, exempt de toutes charges et hypothèques (art. 1673, § 2).

La présence en nature du bien donné dans la succession du donataire mort sans postérité, c'est-à-dire l'existence de ce bien avec les deux caractères que nous avons indiqués, voilà donc la première cause du droit de retour, dont fait mention l'article 747. Cette condition est précise et ne paraît pas laisser place à l'équivoque ou prêter à l'extension. Elle doit être interprétée d'autant plus strictement, que la loi, insistant sur sa pensée, a employé les mêmes termes à deux reprises différentes, dans les articles 351 et 766. Cette règle semble donc pouvoir se résumer en une alternative : ou les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession, et le droit de retour peut s'exercer ; ou ils ne s'y retrouvent pas en nature, et alors pas de droit de retour. Mais il s'en faut que tous les auteurs soient d'accord pour limiter ainsi le champ d'application de la règle posée par l'article 747. Beaucoup, au lieu de s'en tenir au texte si clair de l'article, ont prétendu qu'il ne fallait pas sacrifier l'esprit de la loi à la lettre, et ont voulu, pour rester fidèles à cet « esprit » de la loi, étendre les cas d'application de cette partie de l'article. Ces extensions ont fini par comprendre un si grand nombre d'hypothèses que,

hors le cas où les choses ont péri entre les mains du donataire ou ont été dissipées par lui, le droit de retour doit toujours s'exercer. C'est à cette conclusion qu'arrive Malleville (sur l'art. 747, art. 10), l'un des rédacteurs du Code. D'autres se contentent d'accorder le droit de retour, quand il existe dans la succession des biens de même nature que ceux qui ont fait l'objet de la donation (Toullier), ou de permettre à l'ascendant de reprendre les valeurs achetées avec l'argent donné (Cassation, 30 juin 1817, Sirey, 1827. 1. 313). D'autres enfin accordent le droit de retour sur ceux des biens de la succession du donataire qui proviennent, d'une manière non douteuse, de l'aliénation du bien donné (Duranton, t. VI, p. 232). C'est ce qu'on appelle la théorie de la subrogation, qui se trouve développée par MM. Aubry et Rau (t. VI, §§ 575 et 608). Ces auteurs considèrent que « les éléments dont se composent le patrimoine, se ramenant tous, en qualité de biens, à l'idée commune d'une valeur pécuniaire, revêtent, par cela même, les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles » et, partant de ce principe, ils en tirent la conséquence que, dans une universalité, on doit admettre la subrogation réelle, c'est-à-dire « la fiction par suite de laquelle un objet vient en remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique ».

Cette théorie se résume dans l'adage « *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii* ». Donc, dans la succession anormale, (*judicium universale*), les biens donnés, qui ne se retrouvent plus en nature, peuvent être subrogés par les objets qui se trouvent dans la succession et proviennent directement et immédiatement, sans aucun doute, de l'aliénation des biens donnés.

D'où des conséquences nombreuses, et notamment les suivantes :

En cas de vente du bien donné, l'ascendant reprendra, dans la succession, somme égale au montant du prix de l'aliénation.

S'il a donné de l'argent, même sans imposer d'emploi, il pourra, à défaut de deniers comptants, reprendre des créances ou des valeurs pour une somme égale à celle qu'il a donnée, ces créances ou ces valeurs étant considérées comme la représentation de l'argent donné.

De même, si avec l'argent ou les valeurs données, le donataire a acquis un immeuble, l'ascendant reprendra cet immeuble.

Même solution, et droit au retour pour l'ascendant vis-à-vis de l'immeuble acquis en contre-échange de l'immeuble donné ou du bien donné, alors même que la nature des deux biens serait absolument différente, et que, par exemple, la maison donnée ait été échan-

gée contre des prés ou des terres labourables, ou même un fonds de commerce.

Plusieurs auteurs, et notamment Demolombe, ont refusé d'admettre cette théorie et lui ont fait les objections suivantes : Il n'est pas exact, d'abord, de considérer la succession anormale, tout au moins au point de vue qui nous occupe, comme une universalité. La loi, pour accorder le droit de retour, se préoccupe de chacun des objets particuliers qui peuvent la composer, et ce n'est qu'autant qu'un objet se retrouve *en nature*, que la loi accorde ce droit de retour. De plus, le texte de la loi est formellement contraire à ce système, qui aboutit à accorder le droit de retour sur une chose absolument différente de la chose donnée, par exemple sur des meubles, alors que l'ascendant a donné un immeuble. Enfin, les partisans de l'opinion contraire font une confusion entre la « fongibilité », qui résulte de l'intention des parties, et la « consomptibilité », qui résulte de la nature même des choses. Quant à prétendre qu'il s'agit ici non d'une subrogation réelle, mais d'une subrogation d'« équité », ce motif est trop vague pour prévaloir contre les termes formels de la loi. Les partisans de la subrogation veulent, pour soutenir leur théorie, chercher un point d'appui dans ce fait que la loi, à défaut des choses elles-mêmes, accorde à l'ascendant le droit de retour sur les actions en reprise,

qui se trouvent dans la succession du donataire. La loi, disent-ils, a elle-même, dans ce cas, admis la subrogation de l'action à la chose. Quand même il en serait ainsi, on pourrait leur répondre que la loi ayant formellement expliqué son intention dans ce cas, il faut en conclure qu'elle n'admet pas les subrogations quand elle les passe sous silence ; mais nous verrons que l'on peut expliquer, sans avoir recours à l'idée de subrogation, que la loi ait accordé à l'ascendant l'exercice des actions en reprise.

Aussi doit-on, à notre sens, accorder le droit de retour à l'ascendant sur les deniers comptants ou les denrées donnés par lui, dans le cas seulement où ces deniers ou denrées se retrouvent dans leur individualité, et le refuser dans le cas contraire, alors même que la succession comporterait des biens de même nature et en quantité suffisante pour que le retour pût être exercé. Si des créances avaient fait l'objet de la donation, il faudrait accorder le droit de retour dans le cas où les créances existeraient encore, et n'auraient été ni cédées ni remboursées du vivant du donataire ; sinon l'ascendant ne pourrait pas reprendre les prix des cessions ou des remboursements, alors même que les deniers versés par les acquéreurs ou les débiteurs existeraient encore en nature. Sur ces deux points, les partisans de la théorie de la subrogation admettent une solution contraire, à la condi-

tion, cependant, que les deniers trouvés dans la succession soient provenus directement de biens donnés.

Le droit de retour n'existant plus quand le donataire a disposé des biens donnés, il faut bien déterminer dans quel cas il y a disposition des biens donnés.

La question ne se pose pas, quand la donation ou l'aliénation consenties par le donataire a eu pour objet le bien donné lui-même ; il est d'évidence que, dans ce cas, la chose ne se retrouvera plus. Il faut supposer que le donataire a disposé d'une partie de son patrimoine, soit à titre universel, soit en donnant ou léguant une quote-part de son bien. Dans ce cas, il n'y a plus qu'une question de fait ; si le donataire a disposé de tout ou partie de son mobilier, et que les biens donnés soient des meubles, ils seront compris dans la disposition pour le tout, ou proportionnellement à la valeur des biens donnés par rapport au reste du patrimoine, et le droit de retour ou ne s'exercera pas ou ne s'exercera que sur ce qui restera. Même solution dans le cas où, les biens donnés étant des immeubles, la disposition portera sur les immeubles, ou si, les biens donnés se composant de meubles et d'immeubles, la disposition du donataire comprend des biens de ces deux natures.

B. — En second lieu, la loi accorde à l'ascendant donateur le droit de retour sur le prix, encore dû au

moment du décès du donataire, de l'aliénation des biens donnés.

Il ne faut pas voir dans ce second cas de retour légal, une violation du principe posé par l'article 747, qui exige, pour que le retour ait lieu, la présence en nature du bien donné dans la succession du donataire. Il n'y a pas là subrogation du prix à la chose. Cette disposition a été inspirée par un souvenir du droit romain, dans lequel l'aliénation de la chose n'était complète que quand le prix avait été payé, et où le vendeur avait une action pour recouvrer sa chose, ce qui le faisait considérer comme ayant la chose elle-même, en vertu de la maxime : *qui habet actionem ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*. Il faut reconnaître que cette conception est différente de nos idées modernes, et qu'elle paraît en contradiction avec les principes posés par les articles 1138 et 1583. C'est ce que remarquent MM. Aubry et Rau (t. VI, p. 353, note 35).

Pour M. Demolombe, c'est cependant ce souvenir du droit romain qui paraît avoir été la cause déterminante de la décision du Code. Les motifs de la loi doivent nous conduire à décider, que l'action de l'ascendant donateur existerait même au cas où le donataire vendeur aurait renoncé au droit de résolution pour défaut de paiement du prix, ou aurait été déchu de son droit, conformément à l'article 7 de la loi du

23 mars 1855, faute d'avoir fait opérer la transcription ordonnée par l'article 1^{er} de la même loi.

On a encore cherché à expliquer de la manière suivante, le droit de retour de l'ascendant sur le prix encore dû du bien donné, aliéné par le donataire (Mourlon, t. 2, p. 64). « Lorsque le prix de vente est encore dû, on ne peut point dire que l'aliénation est irrévocable ; elle ne l'est point, puisque le donataire qui l'a consentie peut, si l'acheteur ne le paie pas, la faire résoudre et par cette résolution reprendre en nature la chose vendue (art. 1184 et 1654). Or, c'est une maxime de notre droit, qu'avoir une action pour reprendre rétroactivement une chose aliénée, c'est avoir cette chose même « *qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur* ». Là est le motif et l'explication du droit de l'ascendant : il reprend la créance du prix, parce que cette créance lui permettra, si elle n'est point payée, de reprendre *en nature la chose par lui donnée* ».

Dans cette dernière opinion, et en conséquence des principes sur lesquels on la fonde, il faudrait refuser à l'ascendant le droit de retour sur le prix encore dû, quand le donataire a renoncé au droit de résolution, ce qui est inadmissible et vient infirmer l'explication proposée.

Le droit de retour s'exerce sur ce prix encore dû, en quoi qu'il consiste : argent, denrées ; mais, que

décider quand le bien donné a été aliéné moyennant une rente perpétuelle?

Marcadé (tome III, p. 95, § VIII, 3^e alinéa) prétend que « une fois le droit de rente entré et établi dans le patrimoine, l'aliénation est consommée, le prix payé et l'ascendant n'a pas droit aux arrérages qui peuvent échoir après le décès du donataire ».

Demolombe, au contraire, soutient qu'il ne faut pas confondre la rente, « principe producteur », avec son produit, « les arrérages », et que, dans ce cas, le droit de l'ascendant n'est pas éteint et que le donataire, en vendant le bien donné moyennant une rente perpétuelle, conserve, tout aussi bien que s'il l'avait vendu moyennant un capital, le privilège et le droit de résolution. Peut-être même pourrait-on accorder à l'ascendant, le droit de réclamer les arrérages échus du vivant du donataire et non payés, pourvu toutefois qu'il n'y eut pas prescription.

MM. Aubry et Rau (T. VI, p. 355) concluent dans le même sens que Demolombe, et ils admettent le droit de retour de l'ascendant, même si la rente avait été, par suite d'une convention postérieure à la vente, substituée au prix fixé originairement en capital. Cette deuxième opinion nous semble devoir être adoptée.

Ce que nous venons de dire du prix encore dû de l'aliénation de l'immeuble donné, s'applique, *mutatis mutandis*, au cas où le bien donné ayant été échangé

par le donataire, ce dernier, à son décès, n'a pas encore reçu le bien promis en contr'échange : l'ascendant succédera à l'action du donataire pour se faire livrer le bien.

On devrait, de même, accorder le droit de retour à l'ascendant sur l'indemnité allouée au donataire au cas d'expropriation par la loi du 3 mai 1841 et encore due lors de son décès. On peut, en effet, considérer cette indemnité comme le prix de l'immeuble. Il n'en serait pas de même, et l'on devrait refuser à l'ascendant le droit de retour sur l'indemnité due par une compagnie d'assurances, en cas de sinistre de l'immeuble hypothéqué, et non payée au décès du donataire. Cette indemnité, en effet, n'est pas le prix de l'immeuble incendié. C'est la réparation du dommage causé, et la représentation des primes versées.

Peut-être pourrait-on soutenir que cette appréciation n'est plus exacte depuis la loi du 19 février 1889 « *relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural, et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances* ».

Dans son article 2, cette loi attribue les indemnités dues, notamment en cas d'incendie « sans qu'il y ait de délégation expresse, aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang ». Ne pourrait-on pas en conclure que la loi a voulu, d'une manière générale, considérer l'indemnité, payée en cas de sinis-

tre par la compagnie d'assurances, comme prenant la place de l'immeuble affecté à la garantie des créanciers privilégiés ou hypothécaires, et, en généralisant cette idée, ne serait-on pas en droit de dire que l'indemnité est subrogée à la valeur de l'immeuble et à l'immeuble lui-même, et, en conséquence, accorder à l'ascendant donateur le droit de retour sur cette indemnité.

Cette conception ne nous paraît pas admissible ; elle donne à la loi du 19 février 1889 une extension beaucoup trop grande, surtout quand on examine sous l'empire de quelles considérations cette loi a été votée. Elle n'a eu pour but que de venir au secours des cultivateurs, et de contribuer à la réalisation du « crédit agricole ». Ce serait donc dépasser de beaucoup le but que s'est proposé le législateur, que de chercher à tirer de cette loi un argument en faveur d'une solution à donner à une question de droit de retour que, certainement, il n'avait pas en vue. Et on peut ajouter que le texte de la loi est non moins contraire que son esprit à l'opinion que nous combattons.

Il ne parle en effet que « des créanciers privilégiés et hypothécaires », et on ne peut étendre ses dispositions aux « héritiers ».

Enfin, on peut ajouter que ces créanciers avaient un droit réel sur l'immeuble, alors que l'ascendant n'a qu'une espérance de succession, et que la diffé-

rence de traitement, faite aux uns et à l'autre, s'explique par la différence de leur titre.

Donc, quand le prix est encore dû au décès du donataire, ce dernier peut exercer le droit de retour. Mais, si le prix a été payé du vivant du donataire, le droit de retour est irrévocablement éteint, alors même que dans la succession on trouverait les deniers mêmes que le donataire aurait reçus ou les valeurs achetées en emploi de ce prix, Malleville (t. II, p. 215) est d'avis contraire et accorde à l'ascendant le droit de réclamer le bien acquis en emploi, quand le donataire a employé le prix des aliénations à acheter d'autres biens ou à payer des dettes existantes au moment de la donation. « Le procès-verbal semble le dire, ajoute-t-il, et d'ailleurs cela paraît de toute justice ». Cette assertion semble en contradiction avec l'esprit et le texte de l'article 747.

Il faut, de même, refuser le droit de retour sur l'immeuble acquis en contre-échange de l'immeuble donné et livré avant le décès du donataire ; toujours pour cette raison que, d'une part, l'immeuble donné ne se retrouve plus en nature dans la succession, et que, d'autre part, le prix n'est plus dû au moment du décès du donataire ; les deux motifs du droit de retour font donc défaut. MM. Aubry et Rau, soutiennent l'opinion contraire et disent à ce propos : « L'opinion de ces auteurs (Demolombe, Demante, etc.) est une

conséquence nécessaire du système qui exclut toute subrogation en matière de retour successoral. Mais cette conséquence est, à notre avis, la condamnation du système qui y conduit. Peut-on supposer que le législateur, tout en admettant l'exercice du retour sur le prix d'aliénation d'une chose qui, à raison de son origine, y était soumise, ait eu l'intention d'en refuser l'application, en cas d'échange, à la chose que le descendant donataire a reçue *en remplacement* de celle qu'il tenait de son ascendant? Ce serait là, on doit le reconnaître, une singulière inconséquence dans l'œuvre de la loi. Dans l'échange, les deux choses ne sont-elles pas la *contre-valeur* l'une de l'autre, et chacune d'elles ne forme-t-elle pas le *prix* de l'autre, ce terme pris dans son acception large, et eu égard, tant aux motifs qui ont fait établir le retour successoral, qu'à la nature de ce droit, comme portant sur une universalité juridique ». Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nul ne conteste que, dans l'échange, chaque chose ne soit la « contre-valeur » de l'autre ; ce que l'on n'admet pas, contrairement à l'opinion de MM. Aubry et Rau, c'est que, dans l'hypothèse indiquée, le droit de retour puisse s'exercer sur le bien acquis en contre-échange, et cela, parce que le droit de retour a été éteint irrévocablement, lors de la livraison du bien donné en contre-échange, faite du vivant du donataire. Nous avons déjà vu à quelles consé-

quences inadmissibles mènerait cette théorie de la subrogation, poussée dans ses dernières limites, et surtout à propos de l'échange où l'ascendant, ayant donné un bien de nature mobilière, reprendrait un bien immeuble ou réciproquement ; nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit à ce sujet, et nous nous bornerons à remarquer que nulle part la loi n'a parlé du droit de retour sur les biens acquis « en remplacement des biens donnés ».

C. — La loi accorde, enfin, le droit de retour à l'ascendant donateur sur les actions en reprise, qui peuvent exister dans la succession du donataire.

C'est ici, surtout, que se présente, plus vive que partout ailleurs, la controverse entre les partisans de la théorie de la subrogation et ses adversaires. Pour les premiers, ce troisième cas de retour est la confirmation de l'exactitude de leur théorie. Nous avons déjà signalé leur explication : la preuve, disent-ils, que la loi est favorable à l'extension du droit de retour et à la subrogation aux biens donnés des biens qui en proviennent directement, c'est qu'elle applique ici le principe qu'elle a négligé de poser, et accorde le droit de retour sur les actions en reprise, qui ne sont que la représentation des biens donnés qu'elles tendent à faire rentrer dans le patrimoine. Nous nous efforçons de répondre à cette objection ; mais, auparavant, il nous faut passer en revue les différents points sur

lesquels tout le monde est d'accord. Le donataire étant mort sans postérité, le droit de retour appartient à l'ascendant donateur dans les hypothèses suivantes :

Existence dans la succession d'une action en résolution de vente, pour défaut de paiement du prix ou inaccomplissement des conditions, d'une action en rescision pour lésion, dol, vice de forme ou incapacité.

L'ascendant succéderait-il aux actions en révocation de donation ?

Écartons la révocation fondée sur la survenance d'enfant, qui fait tomber de plein droit la donation ; dans les deux autres cas, nous ne voyons aucun motif de refuser l'action à l'ascendant, pourvu, toutefois, en ce qui concerne l'action en révocation pour cause d'ingratitude, que l'on se trouve dans le cas prévu par l'article 957, 2°.

Le droit de retour existerait encore sur l'action qui appartient à la femme pour la reprise de ses apports ou la restitution de sa dot, ou à l'un ou l'autre des époux, contre la communauté, pour la reprise des biens qu'ils se seraient réservés propres, ou qui auraient conservé ce caractère.

Ce droit de retour ne peut faire l'objet d'aucun doute, quand les époux sont restés propriétaires des biens donnés et que la communauté n'en a eu que la

jouissance, et que l'action tend à la reprise en nature de la chose, telle qu'elle a été donnée par l'ascendant. Mais en est-il de même de l'action par laquelle, à la dissolution de la communauté, l'un des époux se ferait donner la valeur des biens par lui apportés en mariage, et estimés dans le contrat, avec stipulation que l'estimation en vaut vente à la communauté. Le donataire étant décédé sans postérité, le donateur trouve cette action dans sa succession : peut-il l'exercer ? Pour MM. Aubry et Rau, il est impossible de considérer cette action comme une action en reprise (t. VI, p. 355, note 40). Il y a là pour eux, incontestablement, subrogation. On peut expliquer autrement que la loi ait accordé cette action à l'ascendant donateur. Demolombe proteste contre le reproche de contradiction qui lui a été adressé à ce sujet, et repousse toute idée de subrogation. Dans ce cas, pour cet auteur, l'ascendant donateur reprend les choses mêmes qu'il a données, et non d'autres, comme on le prétend. En effet, quand l'ascendant donne à l'enfant, soit comme constitution de dot, soit pendant le mariage, des biens qu'il sait devoir être aliénés ou tomber en communauté, sauf reprise de leur valeur à la dissolution, à vrai dire, ce ne sont pas les objets eux-mêmes qu'il a donnés, mais bien l'action en reprise qui appartiendra au donataire ; et c'est sur cette action, existant dans la succession du donataire, qu'il exerce son droit de retour. Il n'y

a donc pas là de subrogation. D'où ces conséquences, que n'admettent pas les partisans de la subrogation :

Si le donataire a, de son vivant, exercé l'action en reprise, par exemple, en cas de liquidation de communauté par suite de séparation de biens, l'ascendant donateur ne peut exercer le droit de retour (Cassation, 7 février 1827).

De même, dans le cas où la donation aurait eu lieu avant le mariage et où le bien donné, ayant été apporté par l'enfant donataire est irrévocablement aliéné, (ce qui aurait lieu pour des objets mobiliers sous le régime de la communauté légale), l'ascendant ne pourra rien reprendre. Ici, en effet, la donation se composait des objets eux-mêmes, et non d'une action en reprise éventuelle. Cependant si le bien donné, par suite du partage, se trouvait mis dans le lot revenant à la succession de l'enfant donataire, le bien se trouvant *en nature* dans la succession et les conditions de l'article 747 se trouvant remplies, on devrait accorder à l'ascendant donateur le droit de retour sur ce bien ; d'où, comme conséquence, droit pour l'ascendant à intervenir au partage afin qu'il ne soit pas dressé en fraude de ses droits. Il en serait de même, et le droit de retour devrait être accordé, toujours dans l'hypothèse d'une communauté légale, si le bien, donné avant le mariage et apporté par l'enfant, était

un immeuble ; car cet immeuble restant propre, la succession de l'enfant donataire en exercerait la reprise, et cet immeuble se trouverait en nature dans la succession.

L'exercice de ces actions serait subordonné à l'acquit, par l'ascendant, des prestations ou charges qui y seraient attachées, telles que celles imposées par l'article 1673, 1°, et sans recours contre les héritiers ordinaires, auxquels ces actions ne profitent en rien.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DU DROIT DE RETOUR.

Ces effets découlent de la qualité d' « héritier » que nous avons reconnue à l'ascendant donateur. Ils peuvent se résumer ainsi :

1°) L'ascendant exerçant le droit de retour est tenu de respecter les actes de son auteur ;

2°) Il est tenu des dettes et des charges de la succession, même *ultra vires* à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire.

Ce second point a été examiné dans notre chapitre I, où nous avons déduit les conséquences de ce que le droit de l'ascendant donateur est un droit de succession. Nous n'y reviendrons donc pas.

Le premier point, au contraire, nous arrêtera quelques instants. L'ascendant, donc, est tenu de respecter les actes de son auteur. Si donc le donataire a aliéné à titre onéreux les biens donnés, nous avons vu que l'ascendant ne peut faire annuler les actes de disposition faits à son préjudice. Quant aux aliénations à titre gratuit, sous forme de donations ou sous forme de testament, (du moins dans l'opinion qui re-

connaît au donataire droit à ce mode de disposition), la solution de la question de savoir si l'ascendant peut les faire réduire, est subordonnée à la solution de cette autre question : L'ascendant donateur a-t-il une réserve dans la succession anormale », que nous examinerons dans le chapitre suivant. Nous avons vu que l'ascendant devrait également supporter les constitutions de droits réels ou l'établissement de servitudes dont l'immeuble donné aurait été grevé par le donataire, avec cette différence, cependant, que, dans le cas d'hypothèque, (du moins dans l'opinion la plus généralement admise), l'ascendant peut exercer un recours contre les héritiers ordinaires, pour tout ce qu'il a payé au-delà de sa part héréditaire, tandis qu'il doit supporter seul la servitude établie sur l'immeuble. La raison de cette différence, c'est que l'hypothèque ne fait, comme le dit Demolombe, qu'« envelopper » le bien grevé et affecté à la garantie du remboursement de la dette contractée au profit de tout le patrimoine, tandis que la servitude est inhérente à l'immeuble donné et en diminue la valeur. Or le donataire, qui eut pu aliéner l'immeuble donné et ainsi faire évanouir le droit de retour, avait parfaitement le droit d'en diminuer la valeur autant qu'il lui plaisait. L'article 747 est formel en ce sens : L'ascendant reprend les biens donnés qui se retrouvent en na-

ture. Il les reprend donc dans l'état où ils se trouvent et n'a aucune réclamation à élever, alors même que les détériorations ou les diminutions de valeurs apportées par le donataire au bien donné, auraient servi à enrichir les héritiers ordinaires.

Mais l'ascendant peut-il profiter, sans indemnité, des augmentations ou améliorations faites au bien donné ? Il faut distinguer, et décider qu'aucune indemnité ne sera due pour les améliorations naturelles, telles que l'alluvion, dont l'ascendant profitera en vertu de la règle : « *accessorium sequitur principale* ». Quant aux améliorations ou augmentations provenant du fait du donataire, la question de savoir s'il est dû indemnité, a fait naître deux opinions.

Pour la plupart des auteurs, l'ascendant doit indemnité. On écarte ici l'application de la règle « *accessorium sequitur principale* » en se fondant sur les termes de l'article 747, qui donne à l'ascendant le droit de reprendre « les choses données ». Or, dit-on, s'il reprenait sans indemnité les améliorations ou augmentations apportées aux choses données, il reprendrait plus qu'il n'a donné, contrairement à l'article 747. Ensuite, dans l'hypothèse précédente, l'amélioration étant un fait naturel, n'a rien coûté au donataire, et sa succession ne se trouve en rien diminuée. Il n'en est pas de même dans le cas présent, et accorder à l'ascendant le droit de retour sans

indemnité, serait violer ce principe d'équité que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ». Ici cet enrichissement nuirait aux héritiers de la succession ordinaire (En ce sens, Marcadé, t. III, p. 95, Aubry et Rau, t. VI, p. 720).

Dans une autre opinion, soutenue par Demolombe (*Succ.*, t. I, p. 633, § 559), on dit que l'ascendant peut reprendre, sans indemnité, les biens donnés, avec leurs augmentations ou améliorations, et on se fonde sur les considérations suivantes : D'abord, dans l'ancien droit, l'héritier des propres ne devait aucune récompense à l'héritier des meubles et acquêts pour frais de semences ou labours, non plus que pour le bâtiment construit par lui sur le propre, ni pour aucune amélioration, et l'ascendant donateur, vis-à-vis des héritiers ordinaires, est aujourd'hui dans la même situation que celle de l'héritier des propres, vis-à-vis de l'héritier des meubles et acquêts ; dans l'ancien droit, en effet, la réversion n'était qu'un mode de succession aux propres. — L'argument tiré de l'article 747, par lequel on veut refuser à l'ascendant le droit de reprendre plus qu'il n'a donné, ne peut être invoqué ici : il n'y a pas de distinction à faire entre les biens donnés, d'une part, et les augmentations ou améliorations, de l'autre. Le droit de retour porte sur les choses données, telles qu'elles se retrouvent en nature dans la succession ; donc avec leurs aug-

mentations ou améliorations, ainsi l'exige la règle « *accessorium sequitur principale* », dont on méconnaît à tort l'empire, dans l'hypothèse qui nous occupe. — Quant à la règle d'équité que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui », elle est sans application ici. A qui profiterait l'indemnité que l'on veut mettre à la charge de l'ascendant donateur ? Aux héritiers ordinaires.

Or l'article 747, base du droit de l'ascendant, ne lui impose aucune obligation de ce genre, et c'est oublier le principe de l'indépendance de la succession anormale et de la succession ordinaire, que de vouloir la créer. — Les biens donnés n'ont jamais fait partie de la succession ordinaire, et, seul, l'ascendant y a droit et continue à leur égard la personne du défunt. C'est donc à lui-même qu'il devrait indemnité. — Il ne faut pas non plus, comme l'a prétendu Duranton (t. VI, n° 246), faire intervenir ici l'idée du rapport dû à ses cohéritiers, par le cohéritier qui a reçu quelque chose du défunt, directement ou indirectement.

Nous avons vu que la plupart des auteurs admettent que l'ascendant donateur et les héritiers ordinaires ne sont pas cohéritiers ; il n'y a donc pas lieu entre eux au rapport. — Enfin cette solution est équitable et forme une juste contre-partie de l'obligation imposée à l'ascendant donateur de supporter, sans

indemnité, les détériorations ou diminutions de valeur apportées au bien donné par l'enfant donataire. — On peut même supposer que ce dernier, dont le droit de disposition sur les biens donnés était absolu, a voulu gratifier l'ascendant donateur, en reconnaissance de la libéralité qu'il lui avait faite.

Cependant, Demolombe n'a pas cru pouvoir suivre jusqu'au bout les conséquences de son système. Il décide, en effet, que l'ascendant devrait une indemnité dans l'hypothèse où, un enclos ayant été donné, le donataire l'aurait agrandi par l'acquisition d'autres terrains, puis aurait clos le tout de manière que l'enclos primitif et les agrandissements ne fissent qu'une seule et même chose. Et sa décision est guidée sur ce point, dit-il, par l'exemple de l'ancien droit (Pothier, Introd. gén. aux coutumes, n° 82 : « Lorsque j'acquiers un morceau de terre contigu à celles d'une métairie qui est propre, quoique je l'unisse à ma métairie, en le donnant à ferme par un même bail, et comme une terre qui en dépend, *ou en l'enfermant dans l'enceinte de mon parc, dont j'ai pour cet effet reculé les murs*, il ne laissera pas d'être acquêt »). Cette concession faite par M. Demolombe à l'opinion contraire peut faire naître des doutes sur la valeur du système tout entier. Du reste, M. Demolombe avoue que l'application de sa théorie, formelle si les héritiers ordinaires du donataire n'ont pas

droit à une réserve dans sa succession, cesse d'être possible en présence d'héritiers réservataires dans la succession ordinaire. En effet, la reprise sans indemnité par l'ascendant donateur, des augmentations ou améliorations apportées par le donataire au bien donné, pourrait constituer un avantage indirect excédant la quotité disponible, et, par conséquent réductible à la demande des héritiers réservataires.

Selon l'opinion qu'on adopte, (à notre avis, la première est préférable en ce qu'elle est plus conforme et au texte et à l'esprit de la loi), on doit imposer, ou non, indemnité à l'ascendant :

Pour les frais de semences ou de labour faits par lui, lorsqu'au décès du donataire l'ascendant trouve, sur le bien donné, des fruits existants et non coupés (art. 548).

Pour les dépenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value existant au jour de l'ouverture de la succession, telles que constructions ou plantations ou objets placés sur le fonds à perpétuelle demeure (art. 524, 525).

Pour les dépenses nécessaires telles que grosses réparations, alors même qu'elles n'auraient produit aucune amélioration.

Quant aux dépenses d'entretien et aux dépenses voluptuaires, nous ne pensons pas que l'ascendant en doive indemnité. Les premières, parce qu'elles

sont une charge des revenus et n'augmentent pas la valeur de la chose ; les dépenses voluptuaires, parce que, outre le motif qui vient d'être donné, elles sont généralement de peu d'importance.

Du reste, les héritiers ordinaires auraient, sur les objets apportés sur le fonds pour son agrément ou son utilité, *le jus tollendi* dont parle l'article 559. M. Demolombe le leur conteste cependant, en considérant les objets comme devenus accessoires à perpétuelle demeure.

CHAPITRE V

DU DROIT DE RETOUR CONSIDÉRÉ AU POINT DE VUE DE LA RÉSERVE.

La question dont nous abordons l'étude, est une des plus controversées de notre matière. Certains auteurs, même, en présence de certains des résultats auxquels on aboutit, ont déclaré qu'elle présentait des difficultés insolubles (Duranton, t. VIII, n° 22).

Aussi, avant de chercher à les résoudre, devons-nous poser les principes qui nous serviront de base.

1. Quand le *de cujus*, décédé sans postérité, laisse des biens qui lui ont été donnés par un ascendant qui lui survit, et des biens qu'il a acquis à d'autre titre, on ne peut pas dire qu'il y ait une seule succession composée de biens d'origine différente, mais il faut décider qu'il y a là deux successions absolument distinctes. « Les personnes appelées à exercer un droit de retour légal, disent à ce propos MM. Aubry et Rau, (t. VI, p. 719, 3°) sont, après l'ouverture de ce droit, libres d'accepter ou de répudier l'universalité juridique qui leur est déférée. Leur option à cet égard est complètement indépendante de celle qu'elles

pourraient faire au sujet de l'hérédité, dans le cas où elles s'y trouveraient également appelées. Rien ne les empêche donc d'accepter l'universalité juridique qui leur est dévolue à titre de retour successoral, tout en renonçant à l'hérédité, et réciproquement d'accepter cette dernière, en renonçant à la première ». Dans la succession anormale, composée des biens donnés par lui, l'ascendant donateur vient seul, sans jamais rencontrer en face de lui d'autre héritier (art. 747). Et cette solution s'applique alors même que le *de cujus* ayant disposé de tous ses autres biens, sa succession ne comprendrait que les biens donnés. Dans ce cas, l'ascendant donateur reprendrait les biens donnés, et les autres héritiers ne recueilleraient rien, alors même qu'ils seraient réservataires, que ce seraient le père et la mère du *de cujus* ; ils ne pourraient exercer leur réserve contre l'ascendant donateur, car, n'étant pas héritiers dans la succession anormale, ils ne peuvent être réservataires. L'article 915 est ici sans application, le *de cujus* n'ayant fait aucune disposition entre vifs ou testamentaire pouvant donner lieu à l'action en réduction.

Cette conception de l'indépendance des deux successions est admise par la plupart des auteurs (Voyez cependant en sens contraire, note de M. Labbé, sous arrêt de la Cour de Douai du 6 mai 1879, Sirey, 1880, 2-1).

2. L'ascendant n'a pas de réserve sur les biens donnés.

Dans l'ancien droit, que décidait-on ?

Dans les pays de droit écrit, cette question de la réserve de l'ascendant donateur ne se posait même pas. Son droit étant assimilé à une sorte de condition résolutoire, lors du décès du donataire sans postérité les biens revenaient à l'ascendant, francs et quittes de toutes dettes et charges, et les aliénations ou dispositions, qu'en avait pu faire le donataire, étaient considérées comme non avenues. L'ascendant était donc plus protégé que s'il avait eu une réserve, qui lui aurait donné seulement une action en réduction. Dans les pays de coutume, on accordait généralement à l'ascendant donateur une réserve sur les biens donnés.

« L'ascendant n'avait pas de légitime, mais profitait des réserves coutumières : tous les auteurs, même ceux qui voulaient pour que le retour pût s'exercer que les biens se retrouvassent en nature dans la succession du donataire décédé sans postérité, admettaient que les ascendants avaient droit aux quatre quints des biens immeubles donnés. L'ascendant faisait donc subir aux legs faits par le *de cujus* une réduction du cinquième de la valeur des propres de réversion. Donc on considérait comme subsistant en nature dans la succession des biens

dont le *de cujus* avait disposé par testament. (V. notamment Lebrun, *Succ.*, liv. 1, chap. 5, sect. 2, n° 63 et Domat, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 2, sect. 3, n° 15) ». (Extrait de la note de M. Labbé sous l'arrêt de Douai, cité plus haut).

Et aujourd'hui encore on soutient que l'ascendant a une réserve sur les biens donnés. On dit qu'il est inadmissible que l'ascendant donateur soit héritier sans être réservataire, et qu'ayant, comme donateur, des droits dans la succession *ab intestat*, il a des droits analogues dans la réserve, d'autant qu'il est plus favorisé que les autres ascendants, (qui, eux, sont réservataires), puisqu'il succède aux biens donnés à l'exclusion de tous autres.

L'enfant, qui ne peut disposer librement des biens qu'il a acquis par son travail personnel, aurait un droit sans limite sur des biens qui ne sont dans son patrimoine que grâce à la libéralité de l'ascendant, et il pourrait en dépouiller entièrement son bienfaiteur.

L'ascendant alors sera mal traité parce qu'il aura été généreux, et sa double qualité de parent et de donateur, loin de fortifier son droit, sera pour lui une cause d'infériorité sur les autres ascendants. On comprendrait, à la rigueur, que la disposition faite par le donataire, empêchât l'ascendant donateur de succéder, au détriment d'un légataire ou d'un donataire, à la portion de biens donnée ou léguée ; mais

ce qui ne se conçoit pas, c'est que l'ascendant donateur se voie, comme tel, privé de sa préférence vis-à-vis des autres ascendants sur la portion de biens dont le donataire n'a pas disposé. Aussi on conclut en faveur de la réserve du donateur sur les biens donnés. (En ce sens M. Labbé, *loc. cit.*).

Cependant, malgré les raisons de droit et d'équité, qui militent en faveur de l'ascendant donateur, l'opinion la plus généralement admise lui refuse une réserve sur les biens donnés.

On se fonde, pour le décider, sur le silence du Code à cet égard et surtout sur le texte de l'article 747 qui paraît contraire à toute idée de réserve.

Que dit en effet la loi ? Que l'ascendant succède à l'exclusion de tous autres aux biens par lui donnés qui se retrouvent en nature dans la succession du donataire décédé sans postérité ; ce qui implique deux idées : sur les biens qui ne se retrouvent pas en nature, l'ascendant n'a aucun droit ; donc n'étant pas héritier, il ne peut être réservataire. Sur les biens qui se retrouvent en nature, l'ascendant vient seul et sans avoir à subir le concours d'aucun ascendant ni d'aucun collatéral.

Une réserve lui serait donc sans utilité, et cette circonstance que l'ascendant donateur succède seul aux biens donnés, permet de se rendre facilement compte de la raison pour laquelle l'article 915 est ici inap-

plicable. Cet article s'occupe des ascendants des deux lignes, et suppose qu'ils sont en concours avec des collatéraux ; les deux éléments de la question font donc défaut ici, et c'est sans raison que certains des partisans de l'opinion adverse ont cru devoir considérer l'ascendant donateur comme représentant les deux lignes, et lui attribuer une réserve de moitié. Enfin, la nature même du droit de retour exclut toute idée de réserve. L'ascendant ne peut exercer son droit que sur les biens dont l'enfant n'a pas disposé : celui qui doit respecter des dispositions prises par le *de cujus*, ne peut avoir une réserve.

Du principe de l'indépendance de la succession anormale et de la succession ordinaire, découlent deux conséquences :

Les biens donnés ne doivent pas entrer dans le calcul de la réserve et de la quotité disponible — et — les biens donnés ne doivent fournir ni l'une ni l'autre (En ce sens, Demolombe, t. XIX, n° 126). Nous verrons plus loin que cette opinion n'est pas admise par tous les auteurs.

Il nous faut examiner la situation faite à l'ascendant donateur, selon qu'il vient, ou non, à la succession ordinaire en même temps qu'à la succession anormale, et, dans le cas où il vient à la succession anormale, selon qu'il est, ou non, en concours avec d'autres ascendants.

D'où division de notre sujet en trois paragraphes.

§ I. — L'ascendant donateur vient seulement à la succession anormale ;

§ II. — Il vient à la succession anormale, et est seul héritier dans la succession ordinaire ;

§ III. — Il vient à la succession anormale, et dans la succession ordinaire est en concours avec d'autres héritiers.

§ I. — L'ascendant vient seulement à la succession anormale.

1^o Prenons une première hypothèse, celle où l'enfant a disposé de ses biens personnels seulement. Par exemple :

L'ascendant a donné au petit-fils un immeuble de 40.000 francs. Le petit-fils meurt laissant son père et sa mère et l'ascendant donateur. Sa succession se compose de 40.000 francs de biens personnels qu'il a légués individuellement à un ami — et les biens donnés se retrouvent en nature.

D'abord, comment doit-on calculer la quotité disponible ; sur les biens ordinaires seulement ou sur une masse composée des biens ordinaires et des biens donnés. Si on calcule sur les biens ordinaires et les biens donnés réunis, soit sur 80.000 francs, la quotité disponible, d'après l'article 915, étant de moitié, sera de 40.000 francs ; si on calcule sur les

biens ordinaires seulement, elle ne sera que de 20.000 francs. — Deux opinions sont en présence qui cherchent à concilier les intérêts distincts de l'ascendant donateur, des ascendants ordinaires et du légataire.

Dans une première opinion, on dit que la quotité disponible doit être calculée sur l'ensemble des biens laissés par le *de cuius* (biens ordinaires et biens donnés); on argumente de ce que l'article 922 dit que la quotité disponible se calcule sur tous les biens *existants* au décès du *de cuius*; or ces biens donnés existent; ils doivent donc être compris dans la masse. On ajoute que tous les biens de l'enfant étaient disponibles, et que leur origine importe peu. « L'article 945, dit M. Labbé (*loc. cit.*), fixe ce dont une personne peut disposer quand elle laisse des ascendants sans se préoccuper de l'origine des biens composant la masse successorale. L'origine du bien, cette circonstance qu'il a été donné a une influence sur la détermination de l'hérédité *ab intestat*; mais n'en a aucune sur le calcul de la réserve ». C'est aussi l'avis de MM. Aubry et Rau (tome VII, page 240, note I), qui règlent ainsi la dévolution de la fortune du *de cuius* dans l'hypothèse proposée: la quotité disponible calculée sur l'ensemble des biens est de 40.000 francs; le legs ne dépasse pas cette somme, donc il sera exécuté sans réduction. Les père et mère

et l'aïeul auront à se partager les biens donnés soit 40.000 francs. — MM. Aubry et Rau, qui ont calculé la quotité disponible sur l'ensemble des biens du *de cuius*, distinguent pour le calcul de la réserve entre deux hypothèses. Le donataire a-t-il disposé des biens donnés ? Le droit de retour ne s'ouvrant pas, la réserve se calcule sur l'ensemble des biens ; nous retrouverons ce cas tout à l'heure.

Le donataire n'a pas disposé des biens donnés, et ces biens se retrouvent en nature en tout ou en partie dans la succession, comme dans le cas présent ? La réserve ne doit se calculer que sur les biens ordinaires, parce que le droit de retour s'ouvre. Dans l'exemple proposé, la réserve des père et mère serait de 20.000 francs, que le légataire devrait leur donner, et pour le remboursement desquels il aurait action contre l'ascendant donateur. Mais en vertu de quoi pourraient-ils exercer ce recours ? A cause de la nature du droit de l'ascendant donateur, répondent MM. Aubry et Rau. Le droit de l'ascendant donateur étant un droit de succession, il doit supporter les dettes et charges qui grèvent le patrimoine, proportionnellement à la valeur de la succession anormale, et, en conséquence, contribuer au fournissement de la quotité disponible. « La contribution à laquelle nous soumettons l'ascendant donateur, est une conséquence forcée de la règle que la quotité disponible

se calcule sur l'ensemble des biens donnés et des biens personnels, et affecte ainsi les premiers aussi bien que les seconds. Cette contribution fournit les moyens de concilier les droits de l'ascendant donateur, tant avec ceux des donataires ou légataires, qu'avec ceux des ascendants non donateurs, auxquels il est dû une réserve (t. VII, p. 243, note 5).

L'affirmation contenue dans cette dernière phrase nous paraît hasardée. Comme le dit fort bien M. Laurent (*Principes de droit civil français*, t. XII, p. 54). « Singulière conciliation que celle qui s'opère en sacrifiant les droits de l'ascendant ! ». Cette solution est critiquée par certains auteurs, qui n'admettent pas que la quotité disponible et la réserve soient calculées sur deux masses différentes de biens, puisque la quotité disponible et la réserve doivent à elles deux composer la totalité de l'hérédité. A cette objection, MM. Aubry et Rau répondent (t. VII, p. 246, note 8) : « Cette proposition est vraie sans doute, lorsqu'il n'existe qu'une seule masse héréditaire, dévolue aux héritiers ordinaires. Mais elle n'est plus exacte, lorsqu'à raison du droit de retour, le patrimoine du défunt se fractionne en deux masses distinctes, l'une constituant l'hérédité ordinaire, et l'autre formant l'objet d'une succession anormale. En effet, comme le droit de retour ne restreint pas la faculté de disposer, la quotité disponible doit toujours se calculer

sur l'ensemble des biens donnés, tandis que ce même droit, primant le droit ordinaire de succession *ab intestat*, doit, par cela même, former obstacle au calcul de la réserve sur les biens dévolus à l'ascendant donateur, à l'exclusion des ascendants héritiers ordinaires ».

Quelques auteurs pensent donc que l'ascendant donateur ne doit contribuer au fournissement de la réserve, que dans le cas où l'enfant a fait des legs de quantité, les seuls qui s'imputent sur la totalité du patrimoine, mais non quand il a disposé *in specie*. Comment donc, alors, fournir aux père et mère leur réserve? Ici divergence entre les auteurs. Pour les uns, les père et mère exerceront une action contre l'ascendant donateur pour se faire donner leur réserve en biens donnés. Pour les autres, cette solution est inadmissible, et l'ascendant peut prétendre qu'il a seul droit aux biens donnés dans leur intégralité. La solution serait la suivante :

L'ascendant donateur reprend les biens donnés, soit 40.000 francs ; le légataire à 40.000 francs ; les père et mère n'ont rien. Solution impossible à admettre, disent MM. Aubry et Rau. « Comment, en effet, serait-il possible d'admettre que l'existence des biens donnés, à côté des biens personnels, puisse avoir pour résultat de priver les ascendants de leur réserve sur ces derniers biens? » (t. VII, p. 244,

note 5). Cependant ils n'admettent pas le recours des père et mère contre l'ascendant donateur. « C'est en vain, disent-ils (*loc. cit.*) qu'on chercherait le fondement légal d'une pareille action, puisque les réservataires n'ont aucun droit réel à exercer sur les biens donnés, et que l'ascendant donateur n'est pas débiteur personnel de leur réserve. Ce recours pourrait, du reste, devenir illusoire, si l'ascendant donateur était insolvable ».

Dans une deuxième opinion soutenue par M. Demolombe, (t. XIX, n^{os} 127 et 131) il faut, pour trancher la difficulté, ne pas s'écarter des deux règles posées plus haut. Les biens donnés ne doivent pas être compris dans la masse, — et — Les biens donnés ne doivent fournir quoi que ce soit, ni à la quotité disponible, ni à la réserve ; ainsi l'exige le principe fondamental de l'indépendance des deux successions. Dans l'hypothèse indiquée, l'ascendant donateur reprendra les 40.000 francs de biens donnés ; les père et mère exerceront leur réserve sur les biens légués, qu'ils réduiront de moitié. Ils prendront donc 20.000 francs, et les 20.000 francs de surplus seront pour le légataire. En effet, on doit écarter le système qui prive les ascendants de leur réserve, non moins que celui qui donne aux ascendants ordinaires, contre l'ascendant donateur, une action dont le fondement ne se trouve nulle part, comme le remarquent

fort bien MM. Aubry et Rau. Quant à ces derniers, leur conclusion est faussée par l'inexactitude du principe dont ils sont partis.

L'article 922 dit que : « la réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. » Cela est vrai, mais ne s'applique qu'aux biens composant la succession ordinaire, et non aux biens donnés, qui sont en dehors de cette succession. De plus, on ne saurait, comme le font MM. Aubry et Rau, considérer la quotité disponible comme une dette de la succession ordinaire dont l'ascendant, venant à la succession anormale, doit être tenu proportionnellement. La quotité disponible et la réserve sont les deux éléments du même patrimoine ; aussi ne doit-on pas, quoiqu'en disent MM. Aubry et Rau (t. VII, p. 246, note 8), les calculer sur deux masses différentes. Enfin, le principe de l'indépendance des deux successions étant admis, il fait obstacle à ce que l'on prenne dans l'une, pour payer les legs qui pesaient sur l'autre et ont été réduits, de même qu'on ne saurait, sans violer ce principe, accorder une réserve sur les biens donnés aux ascendants ordinaires, qui ne sont même pas héritiers dans cette succession anormale. C'est à l'opinion de M. Demolombe que nous rangeons.

2°) Toujours dans le cas où l'ascendant donateur

vient seulement à la succession anormale, une seconde hypothèse peut se produire ; c'est que le descendant donataire ait disposé des biens ordinaires, et de tout ou partie des biens donnés.

Modifions un peu l'espèce proposée dans l'hypothèse précédente : l'ascendant a donné 40.000 francs de biens, le *de cuius* a 40.000 francs de biens personnels. Il décède, laissant ses père et mère et l'aïeul donateur, et il a disposé de ses biens personnels et de 20.000 francs de biens donnés. Dans ce cas la solution indiquée plus haut va être changée.

En effet, la disposition faite par le *de cuius* sur les biens donnés éteint, jusqu'à due concurrence, le droit de retour de l'ascendant donateur ; on doit donc, pour le calcul de la quotité disponible, réunir la portion léguée des biens donnés aux biens ordinaires, puisque le droit de retour ne s'ouvrant plus sur cette portion de biens, ils forment une masse commune avec les biens ordinaires. La solution serait la même dans l'hypothèse où, au lieu de supposer que l'enfant a disposé de partie des biens donnés, on supposerait l'ascendant donateur prédécédé, ou renonçant, ou écarté comme indigne. Dans ces deux cas, l'article 922 reprend son application, et la réserve sera calculée sur le montant des biens ordinaires et de la portion léguée des biens donnés, soit au total, dans notre hypothèse, 60.000 francs ; donc,

la réserve des père et mère sera de 30.000 francs. L'ascendant reprendra ce qui reste des biens donnés, soit 20.000 francs, et le légataire sera réduit de moitié et aura 30.000 francs, composés de 10.000 fr. de biens ordinaires et de 20.000 francs de biens donnés. Si la disposition de l'enfant avait compris la totalité des biens donnés, soit 40.000 francs, la succession anormale ne se serait pas ouverte et tous les biens de l'enfant, soit 80.000 francs, auraient composé sa succession ordinaire où la réserve des père et mère aurait été de 40.000 francs, les 40.000 fr. de surplus seraient revenus au légataire ; quant à l'ascendant donateur, il n'aurait rien eu, puisqu'il n'a pas de réserve sur les biens donnés.

Cette conclusion a fait naître diverses objections contre le principe qui en est la source. On a dit : Dans l'ancien droit, la légitime n'était prise que sur des biens auxquels le légitimaire aurait succédé, si le *de cujus* n'avait pas fait de disposition : aujourd'hui, encore, la réserve est la portion de biens que les réservataires auraient recueilli *ab intestat*, si le *de cujus* n'en avait pas disposé. Or, si l'enfant n'avait pas disposé des biens donnés, c'est l'ascendant donateur qui, seul, les aurait recueillis ; donc les héritiers ordinaires n'y auraient eu aucun droit, et on ne doit pas faire entrer ces biens dans la masse sur laquelle on calcule leur réserve. Avec le système contraire, la

réserve qui doit être la sanction du droit héréditaire, et qui, par conséquent, ne devrait appartenir qu'à l'ascendant donateur, va profiter à ceux qui n'ont pas le droit de succéder aux biens donnés. Enfin, ajoute-t-on, le système opposé conduit à ce résultat étrange que la réserve des ascendants ordinaires sera d'autant plus forte, que l'enfant donataire aura fait des dispositions plus importantes. Elle peut même arriver, (dans le cas où le donataire a disposé de la totalité des biens donnés), à égaler ce qu'eut été leur droit héréditaire à défaut de disposition par le *de cuius* ; et, en supposant toujours que la totalité des biens donnés ait été léguée, si la masse des biens donnés est supérieure à la masse des biens ordinaires, le droit des ascendants ordinaires sera supérieur à ce qu'eut été leur droit héréditaire en l'absence de disposition du *de cuius*. On peut objecter, enfin, que si les héritiers réservataires agissent en réduction, les biens donnés rentreront dans la succession ; ils s'y trouveront donc en nature, et l'ascendant exercera son droit de retour, en vertu de l'article 747. Nous sommes donc ramenés à la première hypothèse. « L'objection n'est que spécieuse, dit M. Laurent (*loc. cit.*, page 50). Non, le droit de retour devient caduc du moment que le descendant donataire a disposé des biens donnés ; s'ils sont ensuite retranchés à ceux au profit desquels il en a disposé, c'est uniquement dans l'intérêt des

résevataires, l'ascendant donateur ne peut pas se prévaloir d'une réduction à laquelle il est complètement étranger. Il ne peut même pas dire que les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession ; car ce ne sont plus les biens par lui donnés, ce sont des biens dont le donataire a disposé au profit de tiers. Donc l'ascendant est sans droit, et par suite on ne peut plus tenir compte de la succession anormale de l'article 747, on rentre dans le droit commun ».

C'est avec raison, à notre avis, que M. Demolombe et MM. Aubry et Rau décident dans le sens de M. Laurent ; et ce, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les actes de disposition entre vifs et les actes de disposition testamentaires ; nous avons déjà écarté, en effet, l'opinion qui prétend que les biens légués sont encore « en nature » dans la succession, et que, par conséquent, l'ascendant donataire a droit de les reprendre.

Le fait que le donataire a, ou non, disposé des biens donnés, ayant une influence aussi profonde que nous venons de le voir sur le mode de calcul de la réserve et de la quotité disponible, il nous faut déterminer quand il y a « disposition ». Nous avons déjà examiné ces hypothèses, et indiqué la solution qui doit être donnée à chacune d'elles ; aussi les passerons-nous en revue brièvement. Le legs *in specie* de tout ou partie des biens donnés est, sans contredit, un acte

de disposition ; il diminue ou éteint complètement le droit de retour de l'ascendant donateur. Le legs *in specie* a-t-il seul cet effet ? On l'a soutenu en disant que les legs de quantité ou les legs universels ne s'appliquant pas directement aux biens donnés, ces derniers, au décès du donataire, se retrouvent encore en nature dans la succession et l'article 747 peut recevoir son application. Cette opinion est erronée ; en effet, un legs de quantité ou un legs universel est une charge de la succession, qui pèse sur la succession anormale comme sur la succession ordinaire et, dans le cas où le *de cujus* a disposé d'une partie des biens donnés, la part de la contribution aux dettes incombant à la succession anormale diminue d'autant cette succession et augmente dans la même mesure la succession ordinaire. Il en serait de même du legs, par le *de cujus*, de la quotité disponible de sa succession, un des caractères essentiels du droit de retour étant de laisser à l'enfant donataire la libre disposition des biens donnés, et de ne s'exercer, qu'*ab intestat*, sur ce qu'il en reste. Cette solution s'appliquerait aussi, selon la nature des biens donnés, au cas où le *de cujus* aurait légué une quote-part de ses meubles ou de ses immeubles.

§ 2. — L'ascendant donateur vient à la succession anormale et est seul héritier dans la succession ordinaire.

Par exemple : le *de cuius* avait reçu de son père 40.000 francs de biens, et avait 40.000 francs de biens personnels. A son décès il laisse son père et un légataire des biens personnels soit 40.000 francs. Les biens donnés existent en nature. Le père les reprend ; mais peut-il faire réduire le legs de 40.000 fr. ?

Dans une première opinion, on soutient qu'il n'a pas ce droit. En effet, dit-on, le père reprend les biens donnés à titre de succession. Il doit donc imputer sur sa réserve ce qu'il a reçu à ce titre. Or, comme les biens donnés (et repris par lui) sont d'une valeur de 40.000 francs, et que sa réserve, calculée sur les biens personnels, serait de 10.000 francs, il a donc plus que sa réserve et ne peut faire réduire le legs qui s'exécutera intégralement (Duranton, t. VI, p. 228).

De plus, la loi (art. 732) ne distingue pas l'origine des biens, pas plus au point de vue de la réserve, qu'au point de vue de la dévolution. La portion de biens que l'ascendant recueille suffit, et au delà, à lui fournir le montant de sa réserve ; il n'a donc rien à réclamer et on doit lui refuser l'action en réduction ; (en ce sens Chabot sur l'article 747, n° 15 ; Toul-

lier, V, 129). Au reste, on peut considérer que le donataire a voulu que l'ascendant imputât sa réserve sur les biens donnés.

MM. Aubry et Rau ne partagent pas cette opinion (t. VII, p. 244, note 6). Et ils disent : « En effet (p. 248, note 12, *in fine*), la qualité de donateur et celle d'héritier à réserve étant distinctes l'une de l'autre, bien qu'elles se trouvent accidentellement réunies dans la même personne, et le droit de retour devant s'exercer indépendamment du droit de réserve, il n'est pas possible de calculer la réserve sur les biens qui forment l'objet du retour successoral, comme il n'est pas possible, d'un autre côté, de soumettre l'ascendant à l'obligation d'imputer sur la réserve ce qu'il prend en qualité de donateur ». Mais, une fois ce principe posé, ils n'en déduisent pas la conséquence logique, car ils résolvent ainsi l'hypothèse proposée. L'ascendant prend sa réserve, soit 10.000 francs, sur les biens personnels, et fournit 30.000 francs sur les biens donnés, pour compléter la quotité disponible, qui est de 60.000 francs. Ils vont, du reste, au devant de l'objection, et pensent la réfuter en ces termes : « Par cela seul que le montant de la quotité disponible est indépendant de l'origine des biens qui composaient le patrimoine du défunt, elle constitue une charge commune aux biens donnés et aux biens personnels, et doit, par conséquent, être

fournie par ces deux classes de biens, dans la proportion de leur valeur respective (*loc. cit.*, p. 247, note 10). Nous avons déjà observé que ce raisonnement est inexact, et viole le principe que les biens donnés ne doivent rien fournir à la quotité disponible ni à la réserve, et qu'on ne saurait considérer la quotité disponible comme une charge de la succession. Le principe de l'indépendance des deux successions doit conduire au résultat suivant. L'ascendant reprend les biens donnés, soit 40.000 francs ; il impute sa réserve, soit 10.000 francs, sur les biens légués, dont le légataire prend le surplus, soit 30.000 francs. D'une part, en effet, l'ascendant vient aux deux successions à des titres différents. Dans la succession anormale, c'est comme donateur ; dans la succession ordinaire, c'est comme parent et héritier réservataire ; on ne peut donc le forcer à imputer sur les biens donnés ce à quoi il a droit dans la succession ordinaire, et, d'autre part, nous venons de voir que lui imposer de fournir sur les biens donnés le complément de la quotité disponible, serait encore violer le principe de l'indépendance des deux successions, auquel il faut toujours se référer. Enfin, en présence des termes de l'article 747 qui recherche précisément l'origine des biens pour en faire la dévolution et déroge à l'article 732, l'argument qu'on veut tirer de ce dernier article ne peut se soutenir.

§ 3. — L'ascendant donateur vient à la succession anormale et est en concours, dans la succession ordinaire, avec d'autres héritiers.

Dans cette hypothèse, pour M. Duranton (t. VI, p. 229), le droit de réserve de l'ascendant donateur se confond avec son droit de reprise. Suivant d'autres auteurs (Toullier), il faut calculer la réserve de l'ascendant donateur sur les biens personnels et les biens donnés, et calculer la réserve de l'ascendant ordinaire seulement sur les biens personnels. Deux cas peuvent se produire :

1° L'ascendant donateur est en concours avec un ascendant de l'autre ligne ;

2° L'ascendant donateur est en concours avec un ascendant de la même ligne.

Appliquons le système proposé par Toullier :

I. — Nous supposons que le donataire laisse son père donateur et sa mère, et que sa succession se compose de 20.000 francs de biens donnés, encore existants, et de 60.000 francs de biens personnels, dont il a disposé. L'ascendant donateur prendra 20.000 francs, montant de sa réserve calculée sur le total des biens personnels et des biens donnés ; l'ascendant ordinaire prendra 15.000 francs, montant de sa réserve calculée sur les biens ordinaires seulement ; le légataire aura 45.000 francs. MM. Aubry

et Rau s'élèvent contre cette solution. « Comment en effet, disent-ils (t. VII, p. 249, note 13), serait-il possible d'admettre que la quotité disponible dût, dans l'espèce, être supérieure à la moitié de la masse totale des biens du défunt, en raison de la circonstance que ce dernier avait reçu partie de ces biens de l'un de ses ascendants ? Et n'est-il pas évident que, si cette circonstance était de nature à influencer sur la fixation de la quotité disponible, elle devrait plutôt avoir pour effet de la diminuer que de l'augmenter ? D'ailleurs, la séparation du patrimoine du défunt en deux masses, dont l'une se compose des biens donnés, et l'autre des biens personnels, ne s'opère que dans l'intérêt de l'ascendant donateur, exerçant le droit de retour, et pour le règlement de ses rapports avec les autres ascendants. Elle doit donc, d'après la nature même des choses, rester étrangère à la fixation des droits des donataires et légataires ». Et ils ajoutent (*loc. cit.*) : « On perd de vue que l'ascendant donateur n'a pas besoin d'invoquer une réserve pour reprendre les biens donnés encore existants dans la succession, et la faveur qu'on semble lui faire, en lui accordant un droit de réserve sur ces biens, ne tend à rien moins qu'à confisquer son droit de retour. De deux droits qui lui compétent à des titres différents, on ne lui en laisse qu'un seul. Nous ajouterons que ce système présente une inconsé-

quence palpable, en ce que, tout en opposant aux ascendants non donateurs l'ouverture du droit de retour, pour restreindre leur réserve aux biens personnels, on refuse cependant à l'ascendant donateur l'exercice de ce droit ». Et ils proposent dans l'espèce indiquée la solution suivante : La quotité disponible, puisqu'il y a des ascendants dans les deux lignes, est de moitié, soit 40.000 francs ; elle sera fournie par les deux masses, anormale et ordinaire, proportionnellement, soit pour 10.000 francs par la succession anormale, et pour 30.000 francs par la succession ordinaire. L'ascendant donateur reprendra les 10.000 francs de biens donnés restants, et partagera par moitié, avec l'ascendant non donateur, le surplus de la succession ordinaire, soit 30.000 francs ; donc 15.000 francs pour chacun. En définitive, l'ascendant donateur aura 25.000 francs et l'ascendant ordinaire 15.000 francs.

II. — Supposons maintenant que l'ascendant donateur soit en concours avec un ascendant de la même ligne. La réserve sera d'un quart, soit un huitième pour chacun de l'ascendant ordinaire et de l'ascendant donateur. En raisonnant sur les mêmes chiffres que dans l'hypothèse précédente, et en appliquant le système de Toullier, on arrive au résultat suivant : La réserve de l'ascendant donateur, soit le huitième de l'ensemble des biens donnés et des biens

ordinaires, sera de 10.000 francs; celle de l'ascendant ordinaire, calculée seulement sur les biens personnels, sera de 7.500 francs; il restera au légataire 62.500 francs. Dans la même hypothèse, MM. Aubry et Rau répartissent ainsi la succession du *de cuius*: La quotité disponible est de trois quarts, soit 60.000 francs; les biens donnés doivent y contribuer pour un quart, soit 15.000 francs, il ne restera donc sur les biens donnés que 5.000 francs que reprendra l'ascendant donateur; les biens personnels contribuant pour trois quarts, soit 45.000 francs, à former la quotité disponible, il restera la réserve d'un quart, soit 15.000 francs, que l'ascendant donateur et l'ascendant ordinaire se partageront par moitié, soit 7.500 francs pour chacun. En définitive, l'ascendant donateur aura 12.500 francs et l'ascendant ordinaire 7.500.

Nous sommes encore obligés de constater que, dans ces deux hypothèses, MM. Aubry et Rau, après avoir nettement posé le principe de la distinction des deux successions pour réfuter, et avec raison, le mode de calcul proposé par Toullier, et différent pour la réserve et pour la quotité disponible, reculent devant son application, et privent l'ascendant donateur d'une portion des biens donnés, en vue du complément de la quotité disponible. C'est que, ainsi que nous l'avons déjà fait observer plusieurs fois, MM. Au-

bry et Rau considèrent, à tort, la quotité disponible comme une charge de la succession, incombant pour partie à la succession anormale. Nous avons démontré que cette manière de voir est inexacte, et que la quotité disponible et la réserve ne sont que les deux faces d'une même hérédité.

Quant au système de Toullier, il a l'inconvénient de faire profiter les légataires de la présence en nature, dans la succession du donataire, des biens donnés par l'ascendant, et, aussi, de violer le principe de l'indépendance des deux successions.

Les deux hypothèses ci-dessus nous semblent devoir être résolues de la manière suivante : Dans la première (ascendant donateur en concours avec un ascendant d'une autre ligne), l'ascendant donateur reprendra les biens donnés soit 20.000 francs ; sur les 60.000 francs de biens ordinaires, chaque ascendant, donateur et non donateur, reprendra sa réserve d'un quart ou 15.000 francs, soit pour les deux 30.000 ; et le légataire prendra le surplus des biens ordinaires, soit 30.000 francs. — Dans la deuxième (ascendant donateur en concours avec un ascendant de la même ligne), l'ascendant donateur reprendra les biens donnés soit 20.000 francs ; la réserve d'un quart des biens personnels, soit 15.000 se partage entre l'ascendant donateur et l'ascendant non donateur, soit 7.500 pour chacun et le légataire prend les

45.000 francs de surplus. — En effet, il est inadmissible de calculer d'une manière différente la réserve de l'ascendant donateur et celle de l'ascendant ordinaire. Comme donateur, l'ascendant n'a droit à aucune réserve, on est d'accord pour la lui refuser quand il ne revient qu'à la succession anormale, comment donc ce fait qu'il vient aussi à la succession ordinaire, modifierait-il sa qualité d'ascendant donateur au point de lui donner droit à une réserve.

Nous avons dans les hypothèses posées aux deux dernières sections, raisonné dans le cas où l'enfant n'a disposé que de ses biens personnels. Que décider si le *de cujus* a disposé et de ses biens personnels et des biens donnés. Dans ce cas, la succession anormale ne pourrait s'ouvrir, puisque les biens donnés ne se retrouveraient plus en nature dans la succession. Tous les biens du *de cujus* formeraient donc une seule masse sur laquelle on calculerait la réserve dont l'importance varierait selon que les ascendants seraient ou non de la même ligne ; elle serait fixée à un quart de la succession dans le premier cas, et à moitié dans le second. — Si le donataire n'avait disposé que de partie des biens donnés, l'ascendant donateur exercerait son droit de retour sur la portion dont le donataire n'aurait pas disposé ; et la portion léguée et les biens ordinaires formeraient une

seule masse dont la dévolution s'opèrerait, comme nous venons de l'indiquer.

La qualité d'ascendant donateur confère à celui auquel elle est attribuée un droit exclusif à la succession anormale, ainsi est-elle fort utile à invoquer pour l'ascendant donateur qui dans la succession ordinaire serait primé par d'autres ascendants ; mais cette faveur ne peut pas devenir pour l'ascendant la cause d'un préjudice (Bourges, 20 janvier 1879. D. P. 79, 2, 174).

Peut-il se présenter des cas dans lesquels l'ascendant ait intérêt à abdiquer sa qualité de donateur et à répudier la succession anormale, pour venir seulement à la succession ordinaire en qualité d'ascendant.

Cette hypothèse ne peut pas, croyons-nous, se présenter, si l'ascendant donateur est appelé seul aux deux successions. En effet, quel intérêt aurait-il, dans ce cas, à renoncer à la succession anormale, en supposant, bien entendu, qu'il accepte la succession ordinaire ? Qu'il vienne comme ascendant donateur et comme ascendant ordinaire, ou seulement en cette dernière qualité, il recueillera toujours les biens donnés, soit distincts, soit confondus avec les biens ordinaires ; et il aura à supporter toutes les dettes de la succession, même *ultra vires*, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire.

Mais, même dans cette hypothèse, son intérêt à répudier la succession anormale pour s'en tenir à la succession ordinaire, apparaît, si le *de cuius* a, sur l'ensemble de son patrimoine, fait des dispositions qui entament la réserve de l'ascendant.

Comme donateur, il n'a aucune réserve (du moins dans l'opinion que nous avons admise) ; comme ascendant ordinaire, il est réservataire. L'ascendant, pour augmenter sa réserve, peut avoir intérêt à venir seulement comme ascendant ordinaire ; sa décision sera dictée par une question de fait : celle de savoir comment il recueillera le plus.

En supposant que l'ascendant donateur soit en concours, dans la succession ordinaire, avec d'autres héritiers, il aura, pour prendre un parti, à peser diverses considérations.

En acceptant la succession anormale, il aura à supporter seul sur les dettes de l'ensemble de la succession une part proportionnelle à la valeur des biens donnés, et, en cas de disposition par le donataire, cette manière de procéder n'augmentera pas sa réserve ; mais aussi, il recueillera seul les biens donnés auxquels il peut attacher, en raison de leur nature, un grand prix d'affection. Il courrait grand risque, en laissant les biens donnés dans la masse à partager, de ne pas se voir attribuer, dans leur intégralité, les biens d'une même nature.

D'autre part, si le donateur avait reçu de son donataire, un don soumis à rapport, en acceptant la succession ordinaire, il serait tenu au rapport vis-à-vis de ses cohéritiers (art. 843) : or, sa part peut être inférieure à la valeur du bien qu'il rapporterait.

Donc l'ascendant, dans chaque hypothèse particulière, devra se guider par des considérations de fait.

Quoiqu'il en soit, dans le cas où l'ascendant croirait de son intérêt de renoncer à la succession anormale pour s'en tenir à la succession ordinaire, nous pensons qu'on devra lui accorder ce droit, qu'aucun texte ne permet de lui refuser.

POSITIONS

I. — Positions prises dans la thèse

DROIT ROMAIN

I. — La loi 8 au Digeste *de castr. pec.* et les lois 13 et 16 *eod. tit.* sont inconciliables.

II. — Le père de famille reste le vrai propriétaire du pécule *castrense*, et le fils de famille n'a, sur ce pécule, que des droits de jouissance très étendus, qui finissent peu à peu par se confondre avec ceux d'un propriétaire.

III. — Le père de famille recueille le pécule *castrense jure peculii* lorsque, le fils ayant testé, l'institué a refusé de faire adition.

IV. — Dans le droit de Justinien, le pécule *castrense* du fils mort intestat est recueilli par son père *jure hereditario*.

DROIT FRANCAIS

I. — Le droit accordé à l'ascendant donateur par l'article 747, est un droit de succession.

II. — L'ascendant donateur n'a pas de réserve sur les biens donnés.

III. — L'ascendant donateur doit indemnité pour les améliorations et augmentations apportées aux biens donnés par le donataire.

IV. — L'enfant naturel ne fait pas obstacle au droit de retour.

V. — L'ascendant donateur n'est pas le cohéritier des héritiers de la succession ordinaire.

II. — Positions prises en dehors de la thèse.

DROIT ROMAIN

I. — Les pactes et stipulations ne créaient pas, même sous Justinien, de véritables servitudes.

II. — L'obligation du fidéjusseur, qui s'engage pour une somme supérieure à l'obligation principale, est nulle pour le tout.

III. — Les fidéjusseurs pouvaient, en pratique, bien avant l'introduction dans le droit romain du bénéfice de discussion, éviter d'être poursuivis avant le débiteur principal.

IV. — Les actions noxales ne sont pas des actions arbitraires.

DROIT FRANÇAIS

I. — L'indignité n'a pas lieu de plein droit; c'est une déchéance qui doit être prononcée par le tribunal.

II. — Le testateur peut révoquer un testament antérieur, dans un acte non authentique et ne contenant pas de disposition, mais écrit en entier, daté et signé de sa main.

III. — Le droit de rétention ne doit pas être accordé en dehors des cas prévus par la loi.

IV. — Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent pas par la prescription de dix à vingt ans.

V. — Le prodigue ne peut faire seul et sans l'assistance

de son conseil, son contrat de mariage, s'il contient des aliénations.

DROIT COMMERCIAL.

I. — Le vendeur d'un immeuble, qui a perdu son privilège, faute de transcription avant la faillite de l'acheteur, conserve son droit de résolution.

II. — Les syndics de la faillite du tireur ne peuvent retirer, des mains du tiré, la provision faite avant la faillite.

III. — En droit commercial, comme en droit civil, la caution jouit du bénéfice de discussion.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

La loi pénale étrangère est applicable au fait commis à bord d'un navire de commerce étranger, dans un port français, si le fait s'est passé entre gens de l'équipage et sans qu'il ait occasionné de troubles au dehors.

Vu :

Le président de la thèse,

Vu :

A. BOISTEL.

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
CHAPITRE I. — Origines du pécule <i>castrense</i>	1
CHAPITRE II. — De quoi se composait le pécule <i>castrense</i>	9
CHAPITRE III. — Condition juridique du pécule <i>castrense</i> .	23
APPENDICE. — Droit de Justinien.	43

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — Nature et caractères du droit de retour.	49
CHAPITRE II. — Des conditions sous lesquelles s'exerce le droit de retour	69
CHAPITRE III. — De l'objet du droit de retour.	95
CHAPITRE IV. — Des effets du droit de retour	123
CHAPITRE V. — Du droit de retour considéré au point de vue de la réserve	131

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Hte-Marne), 15-17, passage Verdeau, Paris.
